

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Vitor Kleber Almeida Santos

Os limites constitucionais na criação de cargos em comissão pela
Administração Pública

Mestrado em Direito

SÃO PAULO

2016

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PUC-SP

Vitor Kleber Almeida Santos

**Os limites constitucionais na criação de cargos em comissão pela
Administração Pública**

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Efetividade do Direito, sob a orientação do Professor Doutor Márcio Cammarosano.

SÃO PAULO

2016

Banca Examinadora:

Dedico este trabalho à minha mãe Maria Helena, mulher guerreira, determinada, que é meu porto seguro; aos meus irmãos Filovalter, Jaqueline e Graziela, pelo companheirismo e incentivo; às minhas sobrinhas e sobrinhos, por todo carinho; à minha amada esposa Carla pelo apoio incessante, compreensão e paciência; às minhas filhas Rafaella e Helena, presentes de Deus na minha vida e fontes de uma alegria incomensurável.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço ao professor Dr. Márcio Cammarosano, que acreditou na minha capacidade para enfrentar esse grande desafio, orientando-me com serenidade, sabedoria e confiança, que me proporcionaram a segurança necessária para que pudesse concluir essa missão que me foi confiada.

Agradeço a todos os professores com quem tive oportunidade de estudar ao longo do curso, na pessoa do professor Dr. Luiz Alberto David Araujo, que me fez enxergar com outros olhos a responsabilidade do Estado na inclusão social e promoção dos direitos das pessoas com deficiência.

Não poderia, ainda, deixar de agradecer à professora Dra. Dinorá Adelaide Musetti Grotti e ao professor Dr. Marcos Lima Porta, pelas orientações que foram imprescindíveis para o deslinde e conclusão desse trabalho.

Aos meus amigos e amigas agradeço por todo apoio e incentivo, especialmente à Ana Maria das Chagas Crema, que tanto me ajudou cuidando com muito carinho das minhas filhas enquanto eu frequentava as aulas do Mestrado.

RESUMO

SANTOS, Vitor Kleber Almeida. **Os limites constitucionais na criação de cargos de provimento em comissão na Administração Pública**. 181 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

O objetivo do presente trabalho é investigar a natureza e finalidade dos cargos em comissão e a existência de limites constitucionais aplicáveis na criação desses cargos. A Constituição Federal de 1988 (artigo 37, II) estabelece, como regra, a obrigatoriedade da prévia aprovação em concurso público para investidura em cargos públicos. Porém, ao mesmo tempo, excetua dessa regra a nomeação para cargos em comissão, que são aqueles declarados em lei de livre nomeação e exoneração, destinados exclusivamente às atribuições de direção, chefia e assessoramento, devendo a lei reservar um percentual desses cargos a servidores de carreira (artigo 37, incisos II e V). Trata-se de uma exceção à regra do concurso público e, como tal, deve ater-se às situações excepcionais estabelecidas pela Constituição. Entretanto, muitos abusos são cometidos com a criação de cargos em comissão para atender interesses pessoais e partidários, em detrimento do interesse público. Para tanto, criam-se cargos em comissão com rótulos de direção, chefia e assessoramento, mas com atribuições meramente técnicas ou burocráticas que prescindem do vínculo de confiança com a autoridade superior e, ainda, em quantidades excessivas e superiores às reais necessidades da Administração Pública. Tais fatos tem levado os órgãos de controle a atuar de forma cada vez mais contundente no combate a essas práticas patrimonialistas. A doutrina e a jurisprudência têm avançado nessa matéria, mas ainda não há clareza a respeito dos limites efetivamente impostos pela Constituição Federal para criação desses cargos, razão pela qual busca-se, no presente trabalho, compreender esses limites com vistas a contribuir para a almejada segurança jurídica na matéria e para a consecução de uma Administração Pública cada vez mais eficiente e democrática.

Palavras-chave: direito administrativo; limites constitucionais; criação de cargos de provimento em comissão.

ABSTRACT

SANTOS, Vitor Kleber Almeida. **The constitutional limits in the creation of positions of provision in commission in the Public Administration.** 181 p. Dissertation (Master of Laws) – Law School, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

The objective of this paper is to investigate the nature and purpose of the positions in commission and the existence of constitutional limits applicable in the creation of these positions. The Federal Constitution of 1988 (article 37, II) establishes, as a rule, the obligation of prior approval in a public competition for investiture in public positions. However, at the same time, it excludes from this rule the appointment to positions in commission, which are those declared in a law of free appointment and dismissal, destined exclusively for the assignments of direction, leadership and advisory, and the law should reserve a percentage of these positions and career servers (Article 37, subsections II and V). This is an exception to the public procurement procedure and, as such, must comply with the exceptional circumstances laid down by the Constitution. However, many abuses are committed by setting up commission positions to serve personal and party interests, to the detriment of the public interest. In order to do so, positions in commission are created with labels of direction, leadership and advice, but with merely technical or bureaucratic attributions that do not depend on the bond of trust with the superior authority and also in excessive amounts and above the real needs of the Public Administration. Such facts have led the control bodies to act in an increasingly forceful way in the fight against these patrimonialist practices. The doctrine and jurisprudence have advanced in this matter, but there is still no clarity regarding the limits effectively imposed by the Federal Constitution for the creation of these positions, which is why we seek to understand these limits in order to contribute to the desired legal certainty in the matter and to the achievement of an increasingly efficient and democratic Public Administration.

Key Words: administrative law; constitutional limits; creation of public office provision in committee.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 ESCORÇO HISTÓRICO.....	14
1.1. As diversas formas de acesso aos cargos públicos na História.....	14
1.1.1 Sorteio.....	15
1.1.2 Compra e venda.....	16
1.1.3 Herança.....	17
1.1.4 Arrendamento.....	18
1.1.5 Eleição.....	18
1.1.6 Livre nomeação.....	19
1.1.7 Concurso público.....	20
1.2 O acesso aos cargos públicos nas constituições brasileiras anteriores a 1988.....	20
1.2.1 Da Constituição de 1824.....	20
1.2.2 Da Constituição de 1891.....	22
1.2.3 Das Constituições de 1934 e 1937.....	23
1.2.4 Da Constituição de 1946.....	24
1.2.5. Da Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n.º de 1 de 1969.....	26
2 DO ACESSO AOS CARGOS PÚBLICOS NA FRANÇA E NOS ESTADOS UNIDOS.....	29
2.1 França.....	30
2.2 Estados Unidos.....	32
3 DOS AGENTES PÚBLICOS.....	37
3.1 Agentes políticos.....	40
3.2 Agentes honoríficos.....	42

3.3 Servidores estatais e servidores públicos.....	42
3.4 Particulares em colaboração com a Administração.....	45
4 DOS CARGOS PÚBLICOS.....	46
4.1 Classificação dos cargos públicos.....	48
4.2 O provimento de cargos públicos.....	50
4.3 A obrigatoriedade do concurso público para investidura em cargos e empregos públicos na Constituição Federal de 1988.....	53
4.3.1 A abrangência da exigibilidade do concurso público.....	55
4.3.2 Das exceções ao concurso público.....	58
5 DOS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO.....	62
5.1 A natureza e o conceito de cargos em comissão.....	62
5.2 Distinção entre cargos em comissão e funções de confiança.....	69
6 DO REGIME JURÍDICO DOS CARGOS EM COMISSÃO.....	71
6.1 Requisitos básicos de investidura.....	72
6.2 Da proibição de acumular cargos públicos.....	80
6.3 Dos direitos sociais previstos na Constituição.....	85
6.4 Da remuneração, adicionais e gratificações.....	85
6.5 Do teto remuneratório.....	91
6.6 Dos direitos de ausência ao serviço.....	93
6.7 Responsabilidade por quebra dos deveres funcionais.....	98
6.8 Do regime de previdência social.....	100
7 DO CONTEXTO DOS CARGOS EM COMISSÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA.....	108
8 DOS LIMITES CONSTITUCIONAIS NA CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO.....	111
8.1 Da criação de cargos em comissão.....	112
8.1.2 Das atribuições de direção, chefia e assessoramento.....	116

8.2 Da reserva de cargos em comissão para servidores de carreira.....	129
8.3 Da aplicação dos princípios constitucionais na criação de cargos em comissão.....	136
8.4 Da proibição do nepotismo.....	144
8.5 Outros limites à discricionariedade no provimento de cargos em comissão.....	152
CONCLUSÃO.....	158
REFERÊNCIAS.....	174

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo o estudo do tema cargos de provimento em comissão e a existência de limites constitucionais para criação e provimento de tais cargos na Administração Pública.

É cediço que a Administração Pública no Brasil teve origem na fase do patrimonialismo durante a colonização portuguesa. Esse modelo de Administração Pública tinha como características a corrupção, o nepotismo e a apropriação dos cargos públicos por pessoas livremente escolhidas pelos detentores do Poder. O patrimônio público se confundia com o privado e os cargos públicos eram tidos como prebendas e sinecuras.

No Brasil, somente na década de 30 passou-se a adotar o modelo de Administração Pública burocrática, que buscava acabar com as mazelas do regime anterior por meio da implantação de mecanismos de controle dos processos de decisão e da profissionalização do funcionalismo burocrático, privilegiando a meritocracia na seleção para cargos públicos. Dessa época pra cá houveram avanços e retrocessos. Mas, sem dúvidas, foi com a promulgação da Constituição da República de 1988 que se promoveu no país a grande redemocratização e a constitucionalização de valores a serem observados na nova ordem, notadamente os novos paradigmas a serem perseguidos pelo Estado no exercício da função administrativa. Por força dos princípios insculpidos no art. 37, *caput*, objetiva-se consolidar uma Administração Pública comprometida com a legalidade, impessoalidade, moralidade administrativa, publicidade e eficiência, combatendo-se os resquícios das velhas práticas patrimonialistas da política, ainda tão presente em nossa sociedade.

Como decorrência da adoção do paradigma burocrático, a Constituição Federal de 1988 (artigo 37, II) estabelece, em regra, a obrigatoriedade da prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos para o acesso a cargos públicos e empregos públicos. No entanto, o próprio constituinte prevê exceções, dentre as quais está o provimento de cargos em comissão, que são aqueles declarados em lei de livre nomeação e exoneração e destinados exclusivamente às atribuições de direção, chefia e assessoramento, devendo a lei reservar um percentual mínimo desses cargos a servidores de carreira (artigo 37, incisos II e V). Trata-se de

uma exceção ao princípio do concurso público e, como tal, deve ater-se às situações excepcionais estabelecidas pela Constituição.

Todavia, mesmo diante do novo arcabouço constitucional, ainda são recorrentes os abusos e arbitrariedades cometidos por maus gestores públicos, que se valem indevidamente do poder discricionário para utilizar cargos de provimento em comissão como forma de burlar a exigência do concurso público a fim de promover a nomeação disfarçada de parentes, troca de favores, acomodação de apaniguados políticos, atendimento de interesses pessoais e partidários e até mesmo o desvio de dinheiro público. Essas manobras muitas vezes ocorrem rotulando-se na lei cargos em comissão como de direção, chefia e assessoramento, mas com atribuições meramente técnicas ou burocráticas que não pressupõem vínculo algum de confiança com a autoridade nomeante e, ainda, criando-se cargos em quantidade muito superior às reais necessidades da Administração Pública.

Tais fatos tem levado os órgãos de controle a atuar de forma cada vez mais contundente no combate as essas práticas detestáveis que a sociedade não mais tolera e que violam os valores consagrados na nova ordem constitucional. Entretanto, apesar da preocupação da doutrina e da jurisprudência com a matéria, ainda não há clareza a respeito dos limites aplicáveis na criação dos cargos em comissão.

Diante disso, a problemática deste trabalho consiste em compreender natureza e finalidade dos cargos em comissão, a fim de identificar os limites efetivamente impostos pela Constituição Federal na criação desses cargos, com a vistas a contribuir para a almejada segurança jurídica na matéria e para a consecução de uma Administração Pública cada vez mais eficiente e democrática.

No Capítulo I serão abordados os aspectos históricos acerca do tema, iniciando-se por uma breve análise das diversas formas de acesso aos cargos públicos adotadas ao longo da história, especialmente nas constituições brasileiras anteriores a 1988. A seguir, no Capítulo II, far-se-á uma sucinta análise do acesso aos cargos públicos na França e nos Estados Unidos, por serem dois países cujos sistemas jurídicos influenciaram fortemente o direito pátrio.

No Capítulo III inicia-se o exame dos aspectos propedêuticos da matéria, partindo-se do tema agente públicos. Nesta oportunidade serão estudados o conceito e classificação de agentes públicos para se chegar ao conceito e espécies de

servidores públicos, dentre os quais se encontram os ocupantes de cargos em comissão na Administração Pública. Por sua vez, o capítulo IV dedica-se ao estudo dos cargos públicos, buscando-se o seu conceito, classificação doutrinária e as formas de provimento empregadas pela Constituição Federal de 1988. Nessa ocasião, verificar-se-á que a regra é a obrigatoriedade do concurso público para acesso a cargos e empregos na Administração Pública brasileira, que somente pode ser dispensado nas hipóteses expressamente previstas no texto constitucional. Diante disso, serão estudados o conceito e abrangência da obrigatoriedade do concurso público, bem como as hipóteses de exceção à sua exigibilidade previstas na Constituição, dentre as quais está o provimento para cargos em comissão.

A partir do Capítulo V, trilhando em direção à especificidade do tema do trabalho, busca-se compreender a natureza e o conceito dos cargos em comissão para, em seguida, distingui-los das funções de confiança previstas no artigo 37, V, da Constituição Federal. Já no Capítulo VI empenha-se no estudo do regime jurídico dos cargos em comissão, a fim de identificar o conjunto de normas e princípios jurídicos aplicáveis na relação entre o servidor titular de cargo em comissão e a Administração Pública, concernentes à investidura no cargo, aos direitos, deveres e obrigações, bem como ao regime de previdência social aplicável.

O Capítulo VII dedica-se a uma análise do contexto atual dos cargos em comissão na Administração Pública brasileira, fazendo-se algumas considerações acerca dos abusos cometidos por maus administradores públicos, que se valem supostamente do poder discricionário para criar desnecessariamente cargos em comissão e utilizá-los para satisfação de interesses pessoais e partidários, em detrimento do interesse público. Por outro lado, far-se-á críticas à atuação pautada por critérios meramente subjetivos no exercício do controle de constitucionalidade das leis de criação de cargos em comissão, envidada por alguns órgãos de fiscalização e controle externo à Administração Pública, que acabam por gerar um ambiente de insegurança jurídica prejudicial ao Estado de Direito.

Por fim, o Capítulo VIII tratará da problemática central do trabalho, ou seja, pretende-se, a partir do estudo das doutrinas e jurisprudências atuais sobre o tema, apresentar os contornos definidos pela Constituição Federal acerca do assunto, com o objetivo de identificar os limites constitucionais efetivamente aplicáveis na criação de cargos em comissão pela Administração Pública.

1 ESCORÇO HISTÓRICO

A Constituição Federal de 1998 estabeleceu como regra geral a exigência do concurso público para o acesso a cargos e empregos na Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Ao mesmo tempo, porém, prevê algumas situações excepcionais que dispensam o concurso para o ingresso no serviço público, dentre as quais cita-se como exemplo: a livre nomeação para cargos de provimento em comissão (art. 37, II); a designação para o exercício de função de confiança (art. 37, V); a contratação temporária para atendimento de excepcional interesse público (art. 37, IX); nomeação para membros do Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores e de segunda instância (art. 84, incisos XIV, XV, XVI), etc.

Nota-se que o constituinte disciplinou diferentes formas de recrutamento para o exercício das funções do Estado, consoante a necessidade de que se reveste cada situação para a realização do interesse público. A livre nomeação é apenas uma delas. Assim, a princípio, para o estudo dos cargos em comissão é salutar que se conheça as diferentes formas de seleção dos agentes públicos adotadas ao longo da história, bem como a disciplina conferida pelas constituições brasileiras anteriores.

1.1 As diferentes formas de acesso aos cargos públicos na História

Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro Queiroz ensinam que várias foram as formas utilizadas pelo Estado para a escolha dos seus agentes, ultimando o concurso como o procedimento que, no século XXI, firma-se como o predominante para a avaliação dos melhores candidatos disponíveis para integrar as fileiras do Estado. Antes da sua estabilização nesse espaço, o sorteio, a sucessão hereditária, o arrendamento, a compra e venda e a nomeação absoluta e relativa possuíam maior espaço.¹

¹ MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. *O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p.3-6.

De acordo com José Cretella Júnior, os sistemas mais conhecidos de acesso a cargos públicos foram: o sorteio; a compra e venda; herança; arrendamento; livre nomeação absoluta; livre nomeação relativa; eleição e concurso.²

1.1.1. Sorteio

O sorteio é um método de seleção aleatória, que surgiu nos Estados não laicos, que atribuíam o acerto da escolha às divindades. Como processo de inspiração divina, teve seu uso restrito, pois foi mais acolhido para o preenchimento de cargos de natureza política do que para os cargos efetivos. Foi muito utilizado na Antiguidade clássica e, em especial, pelos gregos de Esparta e de Atenas, onde ficou famoso pelas circunstâncias em que decidiu a sorte de cargos de importância capital no mundo grecolatino.

Segundo José Cretella Júnior havia o sorteio “puro e simples” e o “condicionado”. O puro e simples aplicava-se indistintamente a pessoas que passavam pelo crivo de um processo seletivo, enquanto o condicionado era o sorteio aplicado a pessoas que reuniam determinadas condições apreciáveis dentre os que poderiam ser escolhidos para os cargos públicos.³

O sorteio foi adotado na Constituição brasileira de 1934 para a escolha de dois terços dos membros do Tribunal Superior de Justiça Eleitoral e dos respectivos tribunais regionais.⁴ Atualmente, no ordenamento jurídico pátrio, a escolha para a função pública de jurado do Tribunal do Júri (competente para o julgamento dos crimes

² CRETILLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo: o pessoal da administração pública*. 2. ed. atual. ampl. e rev. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 4, p. 217.

³ Ibidem p. 218.

⁴ Artigo 82, §§2º e 3º da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. “§2º - O Tribunal Superior compor-se-á do Presidente e de Juizes efetivos e substitutos, escolhidos do modo seguinte: a) um terço, sorteado dentre os Ministros da Corte Suprema; b) outro terço, sorteado dentre os Desembargadores do Distrito Federal; c) o terço restante, nomeado pelo Presidente da República, dentre seis cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados pela Corte Suprema, e que não sejam incompatíveis por lei. §3º - Os Tribunais Regionais compor-se-ão de modo análogo: um terço, dentre os Desembargadores da respectiva sede; outro do Juiz federal que a lei designar e de Juizes de Direito com exercício na mesma sede; e os demais serão nomeados pelo Presidente da República, sob proposta da Corte de Apelação. Não havendo na sede Juizes de Direito em número suficiente, o segundo terço será completado com Desembargadores da Corte de Apelação”.

dolosos contra a vida, conforme o art. 5º, XXXVIII da CF) se dá mediante sorteio, nos termos do Código de Processo Penal.⁵

1.1.2. Compra e venda

O sistema de compra e venda ou venalidade de cargos públicos teve origem na França no final século XV (Idade Média), a partir de Carlos VII, chegando-se a criar órgão público destinado à realização dessas transações. Da França, essa forma de preenchimento de cargos públicos adentrou para a Alemanha, Espanha e Itália, com as mesmas características gerais.⁶

⁵ Transcreve-se, a seguir, alguns dispositivos do Código de Processo Penal a respeito dos jurados: Art.425. Anualmente, serão alistados pelo presidente do Tribunal do Júri de 800 (oitocentos) a 1.500 (um mil e quinhentos) jurados nas comarcas de mais de 1.000.000 (um milhão) de habitantes, de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) nas comarcas de mais de 100.000 (cem mil) habitantes e de 80 (oitenta) a 400 (quatrocentos) nas comarcas de menor população. §1º Nas comarcas onde for necessário, poderá ser aumentado o número de jurados e, ainda, organizada lista de suplentes, depositadas as cédulas em urna especial, com as cautelas mencionadas na parte final do § 3º do art. 426 deste Código. §2º O juiz presidente requisitará às autoridades locais, associações de classe e de bairro, entidades associativas e culturais, instituições de ensino em geral, universidades, sindicatos, repartições públicas e outros núcleos comunitários a indicação de pessoas que reúnam as condições para exercer a função de jurado. Art. 426. A lista geral dos jurados, com indicação das respectivas profissões, será publicada pela imprensa até o dia 10 de outubro de cada ano e divulgada em editais afixados à porta do Tribunal do Júri. § 1º A lista poderá ser alterada, de ofício ou mediante reclamação de qualquer do povo ao juiz presidente até o dia 10 de novembro, data de sua publicação definitiva. § 2º Juntamente com a lista, serão transcritos os arts. 436 a 446 deste Código. §3º Os nomes e endereços dos alistados, em cartões iguais, após serem verificados na presença do Ministério Público, de advogado indicado pela Seção local da Ordem dos Advogados do Brasil e de defensor indicado pelas Defensorias Públicas competentes, permanecerão guardados em urna fechada a chave, sob a responsabilidade do juiz presidente. §4º O jurado que tiver integrado o Conselho de Sentença nos 12 (doze) meses que antecederem à publicação da lista geral fica dela excluído. §5º Anualmente, a lista geral de jurados será, obrigatoriamente, completada. (...) Art. 432. Em seguida à organização da pauta, o juiz presidente determinará a intimação do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil e da Defensoria Pública para acompanharem, em dia e hora designados, o sorteio dos jurados que atuarão na reunião periódica. Art. 433. O sorteio, presidido pelo juiz, far-se-á a portas abertas, cabendo-lhe retirar as cédulas até completar o número de 25 (vinte e cinco) jurados, para a reunião periódica ou extraordinária. §1º O sorteio será realizado entre o 15º (décimo quinto) e o 10º (décimo) dia útil antecedente à instalação da reunião. §2º A audiência de sorteio não será adiada pelo não comparecimento das partes. §3º O jurado não sorteado poderá ter o seu nome novamente incluído para as reuniões futuras. Art. 434. Os jurados sorteados serão convocados pelo correio ou por qualquer outro meio hábil para comparecer no dia e hora designados para a reunião, sob as penas da lei. Parágrafo único. No mesmo expediente de convocação serão transcritos os arts. 436 a 446 deste Código. Art. 435. Serão afixados na porta do edifício do Tribunal do Júri a relação dos jurados convocados, os nomes do acusado e dos procuradores das partes, além do dia, hora e local das sessões de instrução e julgamento.

⁶ SCHRAMM, Erich Vinicius. *Concurso público: burlas originárias e formas de controle nas esferas administrativa e judicial – enfoque coletivo*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: PUC, 2010. p. 18.

Nesse sistema, concebia-se o Estado como dono do cargo, que nessa qualidade vendia ao particular interessado em ocupar um cargo na Administração. Inicialmente, a venalidade ficou restrita a cargos específicos do Tesouro, estendendo-se depois aos juízes e militares, além de certos empregos na Casa Real, tornando-se mais uma fonte de renda estatal para fazer frente aos gastos faraônicos da realeza.⁷

Essa prática transformou os cargos públicos em objeto de valor econômico e apresentava inúmeros inconvenientes, principalmente pelo fato de assegurar os postos públicos aos mais ricos e não aos mais aptos a exercê-los. Além disso, como objeto de alienação, os efeitos patrimoniais da ocupação de cargos públicos possibilitaram a transmissão de sua titularidade por sucessão hereditária, iniciando uma nova forma de acesso às funções públicas.

O sistema de compra e venda de postos públicos naufragou com a Revolução Francesa.

1.1.3. Herança

Como visto foi na Idade Média que os cargos públicos passaram a ser objeto de alienação, tornando-os patrimoniais e, conseqüentemente, transmissíveis por herança (sucessão hereditária). Da mesma forma que a compra e venda, o sistema da hereditariedade permitiu o acesso a cargos públicos de pessoas absolutamente despreparadas e incompetentes para o seu exercício, pois o herdeiro nem sempre era detentor da mesma capacidade e comprometimento do antecessor que comprara o cargo. Assim, muitos herdeiros de cargos públicos delegavam suas funções, “sem garantia alguma para o decoro do emprego”, ou delas se desfaziam mediante simples doação. A delegação das atividades a terceiros, sem qualquer controle público, afastava o mínimo de segurança no tocante à realização eficiente das funções.⁸

⁷ MENEGALE, J. Guimarães. *Direito Administrativo e ciência da administração*. 3ª ed. atual. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p. 125.

⁸ Conforme José Cretella Júnior. *Tratado de direito administrativo: o pessoal da administração pública*. 2. ed. atual. ampl. e rev., Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 4, p. 220.

1.1.4. Arrendamento

Na Idade Média, não só a compra e venda e sucessão hereditária afiguraram-se como mecanismos de ingresso no serviço público, mas também o arrendamento foi uma forma utilizada pelo Estado para ceder cargos públicos a terceiros. Nesse sistema, o Estado cedia o cargo público por prazo determinado e mediante pagamento estipulado para a sua utilização. Prática de origem feudal, foi posteriormente proibida por transformar cargo público em mercadoria comercializável, em comprometimento ao bom exercício das funções estatais.⁹

1.1.5 Eleição

A eleição é o procedimento de seleção que tem se revelado o mais adequado para a escolha dos representantes políticos do povo na composição do poder estatal. No entanto, Themistocles Brandão Cavalcanti menciona que a “eleição só se justifica para os cargos políticos ou de representação popular. Para os cargos de pura administração não é o meio idôneo para seleção dos mais capazes”.¹⁰

A eleição justificou-se na França pela substituição a sistemas ainda mais prejudiciais ao serviço público (venda, herança, arrendamento e doação). A sua transposição para os Estados Unidos foi realizada mediante a adoção do sufrágio, onde parte dos exercentes da judicatura são eleitos (juízes estaduais). No caso de eleição para magistratura a situação é ainda mais séria, diante de imparcialidade exigida para o cargo e os compromissos assumidos em um processo eleitoral.

Todavia, há quem defenda a realização de eleições internas para o preenchimento de determinadas funções de direção ou de representação institucional, vinculadas a determinada carreira, cujo ingresso foi precedido da aprovação prévia em concurso público. No entanto, o Supremo Tribunal Federal já proclamou a

⁹ SCHRAMM, Erich Vinicius. *Concurso público: burlas originárias e formas de controle nas esferas administrativa e judicial – enfoque coletivo*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: PUC, 2010. p. 19.

¹⁰ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 4, p. 174.

inconstitucionalidade de diploma infraconstitucional que previa a realização de eleição para funções de confiança e cargos de provimento em comissão.¹¹

1.1.6 Livre nomeação

A livre nomeação consiste na livre escolha pela autoridade nomeante da pessoa que irá ocupar um cargo público e pode se dar por duas formas: *absoluta* e *relativa*. A primeira é a forma de preenchimento de cargo público efetuado pela autoridade nomeante, por meio de ato administrativo simples, sem a interferência de outro poder. A segunda perfaz-se em ato administrativo complexo, que para se tornar perfeito e acabado necessita da manifestação de vontade um poder sob a aprovação de outro poder.¹²

Em regra, o provimento de cargos em comissão se dá sob a forma de livre nomeação absoluta. No entanto, existem situações que a lei exige a participação de outro Poder na composição da vontade estatal, tal como a escolha dos dirigentes de determinadas agências reguladoras, cuja indicação compete ao Presidente da República, mas depende de aprovação do Poder Legislativo.

Ambas as formas contêm discricionariedade do administrador público nomeante como característica, daí porque ser livre. Entretanto, essa liberdade não é plena e encontra restrições, sobretudo, nos princípios constitucionais norteadores da

¹¹ O Tribunal, por maioria, julgou procedente ação direta ajuizada pelo Partido Social Cristão – PSC para declarar a inconstitucionalidade do art. 308, XII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro – que prevê a participação da comunidade escolar nas eleições diretas para a direção das instituições de ensino mantidas pelo Poder Público-, bem como a Lei 2.518/16, que regulamenta o citado dispositivo, e do art. 5º, I e II, da Lei 3.067/98, do mesmo Estado-membro, que assegura a participação de professores, demais profissionais de ensino, alunos e responsáveis no processo de escolha de dirigentes, e a participação dos responsáveis legais pelos alunos e dos discentes no processo de avaliação do ensino-aprendizagem. Considerou-se violado o disposto nos artigos 2º; 37, II; 61, §1º, II, c e 84, II e XXV, todos da CF, os quais submetem à discricção do Poder Executivo a iniciativa de leis tendentes a mudar o regime jurídico de provimento dos cargos de diretor de escolas públicas, que são em comissão e, como tais, de confiança do Chefe daquele Poder, a quem o ordenamento confere as prerrogativa de livre nomeação e demissão *ad nutum*, incompatíveis com o sistema de eleições. Vencido o Min. Marco Aurélio que, reportando-se ao voto proferido quando do exame de concessão da medida acauteladora, julgava improcedente o pedido. (ADI 2997/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, Julgamento 12.08.2009, Publicação: DJe 12.03.2010).

¹² SCHRAMM, Erich Vinicius. *Concurso público: burlas originárias e formas de controle nas esferas administrativa e judicial – enfoque coletivo*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: PUC, 2010. p. 20.

Administração Pública previstos no art. 37, caput, da Constituição, podendo ainda ser delimitada por outras condições impostas por lei.

1.1.7. Concurso Público

O concurso público é o método de seleção que se mostrou mais democrático para escolha, dentre todos os interessados em ingressar no serviço público, dos candidatos que atenderam a todos os requisitos previamente estabelecidos em lei e que demonstraram possuir maior conhecimento e aptidão para o exercício do cargo ou emprego público a ser preenchido.

O conceito de concurso público será analisado ao se tratar do provimento de cargos públicos na Constituição Federal de 1988, mas, nesse momento, pode-se dizer que é “o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas”.¹³

1.2 O acesso aos cargos públicos nas constituições brasileiras anteriores a 1988

Após conhecer as diferentes formas de recrutamento de agentes públicos adotadas ao longo da história, passa-se, doravante, a uma breve análise da disciplina conferida para o acesso aos postos públicos nas constituições brasileiras anteriores.

1.2.1. Da Constituição de 1824

A Constituição outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25 de março de 1824, tinha como principais características o fato de ter instituído um governo monárquico, hereditário, constitucional e representativo, cujo vigor absolutista da monarquia clássica havia sido atenuado com a divisão dos poderes políticos em

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22ª ed. rev. ampl. e atualizada até 10/07/2009, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 596.

quatro instâncias, a saber: o Moderador, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, com predominante ascendência daquele primeiro sobre os demais.

Além da clássica divisão tripartite do Poder desenhada por Montesquieu, a Constituição do Império instituiu em seu artigo 98 um quarto órgão nessa estrutura, o Poder Moderador, o qual seria exercido privativamente pelo Imperador, como chefe supremo da nação. Além disso, a chefia do Poder Executivo também seria exercida pelo Imperador, que o faria através dos Ministros de Estado por ele designados, a quem incumbia também a nomeação de magistrados, comandantes militares e bispos. Competia, ainda, ao Chefe do Poder Executivo – sua Majestade Imperial – a competência para nomear os demais Empregos Cíveis e Políticos (art. 102, incisos II e V).

Na época do Brasil Império, o desempenho de funções públicas dava-se por meio de delegação, direta ou indireta, do Imperador. Tinha-se tão-somente o exercício de cargos sob a modalidade “em confiança”, podendo o Imperador admitir ou exonerar funcionários públicos quando julgasse conveniente. Esta situação fundamentava-se na presunção de que a vontade do Imperador se confundia com a vontade do próprio Estado e, conseqüentemente, com a vontade e interesse coletivo.

Todavia, já assegurava a Constituição Política do Império do Brasil, em seu art. 179, XIV, que “todo o cidadão pode ser admittido aos Cargos Publicos Cíveis, Politicos ou Militares, sem outra differença, que não seja a dos seus talentos, e virtudes”.

1.2.2 Da Constituição de 1891

A promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil ocorreu em 24.2.1891 e, logo em seu art. 1º, previa a forma federativa de governo, nos seguintes termos:

A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil.

Cada província passou a ser um Estado, já o antigo Município Neutro se

transformou no Distrito Federal, que segundo previa o art. 2º, continuou a ser a capital da União. Entretanto, a Constituição de 1891 permitia a ingerência do Governo Federal nos assuntos pertencentes ao Estado em relação “a temporariedade das funções electivas e a responsabilidade dos funcionários”, conforme art. 6º, II, e.

Denota-se pelo art. 1º que houve expressa opção pelo Presidencialismo à moda norte-americana. Rompeu-se com a divisão quadripartita do Poder adotada no Império sob inspiração de Benjamin Constant, para abraçar a doutrina tripartita de Montesquieu, estabelecendo-se como órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, harmônicos e independentes entre si.

Observa-se que competia ao Presidente da República nomear e demitir livremente os Ministros de Estado (art. 48, inciso 2º), bem como prover os cargos civis e militares de caráter federal, salvas as restrições expressas na Constituição (art. 48, inciso 5º), nomear os magistrados federais mediante proposta do Supremo Tribunal (inciso 11º); nomear os membros do Supremo Tribunal Federal e os Ministros diplomáticos, sujeitando a nomeação à aprovação do Senado. Na ausência do Congresso, podiam ser designados em comissão até que o Senado se pronunciasse (inciso 12º) e finalmente nomeasse os demais membros do Corpo Diplomático e os agentes consulares (inciso 13º).

O princípio da acessibilidade aos cargos públicos estava previsto no artigo 73, que dispunha: “Os cargos públicos civis, ou militares, são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial, que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas”.

Contudo, as Constituições de 1824 e 1891, apesar de terem garantido a acessibilidade aos cargos públicos, não conheceram a instituição do concurso público, atribuindo, em regra, ao Chefe do Poder Executivo a competência para nomear e prover os cargos públicos.¹⁴

¹⁴ Na Constituição de 1824 competia ao Chefe do Poder Executivo – sua Majestade Imperial – a competência para nomear, dentre outros, Magistrados, e prover os demais Empregos Civis e Políticos (art. 102, incisos II e V). Na Constituição de 1891, competia privativamente ao Presidente da República “prover os cargos civis e militares em caráter federal, salvo as restrições expressas na Constituição” (art. 48, §5º).

1.2.3 Das Constituições de 1934 e 1937

Com a Revolução Constitucionalista de 1932, Getúlio Vargas, no Golpe do Estado Novo, dissolveu o parlamento e convocou Assembleia Nacional Constituinte que votou e promulgou, em 1934, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil que, em seu art. 170, 2º, abaixo transcrito, estabeleceu a utilização de mecanismo imparcial para o provimento de cargos públicos. Nascia neste momento o concurso no ordenamento jurídico brasileiro.

Art. 170. O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo às seguintes normas, desde já em vigor:

[...]

2º. A primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar, efetuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos.

O concurso público surgiu, no direito brasileiro, aplicável a situações específicas para as quais houvesse exigência legal e para os cargos organizados em carreira, sendo exigível, em relação a estes, tão somente para o provimento no cargo inicial da carreira, visto que para os demais cargos componentes da carreira o provimento dava-se por meio de sucessivas promoções.

A Constituição de 1934 manteve o princípio da acessibilidade aos cargos públicos no art. 168, nos seguintes termos: “Art. 168: Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, sem distinção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a lei estatuir”.

Avançou-se ao prever a obrigatoriedade do concurso para a primeira investidura nos cargos e exame de sanidade, não obstante a possibilidade de escolha pelo concurso de provas ou somente de títulos. Com a opção de concurso pelo critério exclusivamente de títulos, havia uma alta carga de subjetividade na análise de seu resultado, que seria reforçado se não houvesse pormenorização adequada sobre quais seriam aqueles aceitos pela banca.

Nota-se que a Constituição exigia apenas concurso para cargo, mas não fazia referência ainda ao concurso *público*. Desse modo, o concurso poderia ser restrito e, como a constituição aludia apenas a “cargos”, funções e empregos não eram abrangidos pela obrigatoriedade do concurso.

A Constituição de 1934 previa expressamente a existência de cargos de livre nomeação e exoneração, que dispensavam o concurso.¹⁵

A Carta Política de 1937 manteve praticamente a mesma orientação da constituição anterior com relação aos cargos de livre nomeação e exoneração e à exigência do concurso, deixando de exigir apenas o exame de sanidade.¹⁶

1.2.4. Da Constituição de 1946

Com o término da Segunda Guerra Mundial, de que o Brasil participou ao lado dos Aliados contra as ditaduras nazi-facistas e pela restauração universal dos princípios de liberdade e democracia, logo começaram os movimentos no sentido da redemocratização do país, que vivia sob um regime ditatorial denominado *Estado Novo* que era a negação daqueles princípios, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República.

A Assembleia Constituinte foi instalada no dia 2 de fevereiro de 1946 com 238 membros. Foi a quarta Assembleia Constituinte brasileira, de cujos trabalhos

¹⁵ Transcreve-se, a seguir, alguns dispositivos da Constituição de 1934 que fazem referência a cargos de livre nomeação e exoneração: Art. 15 - O Distrito Federal será administrado por um Prefeito, de nomeação do Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, e demissível *ad nutum* cabendo as funções deliberativas a uma Câmara Municipal eletiva. (...) Art. 33, §1º, 2 - Desde que seja empossado, nenhum Deputado poderá: 1) (...); 2) ocupar cargo público, de que seja demissível *ad nutum*; (...) Art. 56 - Compete privativamente ao Presidente da República: §1º (...) §2º) nomear e demitir os Ministros de Estado e o Prefeito do Distrito Federal, observando, quanto a este o disposto no art. 15; (...) Art. 95 - O Ministério Público será organizado na União, no Distrito Federal e nos Territórios por lei federal, e, nos Estados, pelas leis locais. § 1º - O Chefe do Ministério Público Federal nos Juízos comuns é o Procurador-Geral da República, de nomeação do Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos estabelecidos para os Ministros da Corte Suprema. Terá os mesmos vencimentos desses Ministros, sendo, porém, demissível *ad nutum*. §2º - Os Chefes do Ministério Público no Distrito Federal e nos Territórios serão de livre nomeação do Presidente da República dentre juristas de notável saber e reputação ilibada, alistados eleitores e maiores de 30 anos, com os vencimentos dos Desembargadores.

¹⁶ Transcreve-se, a seguir, alguns dispositivos da Constituição de 1937 que tratam de cargos de livre nomeação e exoneração: Art. 30 - O Distrito Federal será administrado por um Prefeito de nomeação do Presidente da República, demissível *ad nutum*, e pelo órgão deliberativo criado pela respectiva lei orgânica. (...) Art. 44 - Aos membros do Parlamento nacional é vedado: a) (...) d) ocupar cargo público de que seja demissível *ad nutum*; (...) Art. 88 - O Presidente da República é auxiliado pelos Ministros de Estado, agentes de sua confiança, que lhe subscrevem os atos. Art. 99 - O Ministério Público Federal terá por Chefe o Procurador-Geral da República, que funcionará junto ao Supremo Tribunal Federal, e será de livre nomeação e demissão do Presidente da República, devendo recair a escolha em pessoa que reúna os requisitos exigidos para Ministro do Supremo Tribunal Federal.

surgiu uma nova Constituição da República, promulgada em 18 de setembro de 1946.

A Constituição de 1946 manteve o instituto do concurso público em relação aos cargos de carreira previsto na Constituição de 1937 (art. 156, a), por meio de seu art. 186, com a seguinte redação: “A primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde”.

Aludindo à Constituição de 1946, Gilmar Ferreira Mendes observa que:

Sem embargo do inegável conteúdo democrático e moralizador das aludidas disposições, cumpre reconhecer que a cláusula que restringia a sua aplicabilidade aos cargos de carreira e outros que a lei determinasse retirou-lhe a eficácia plena, permitindo a criação de cargos isolados ou a transformação de cargos de carreira em cargos isolados (M.G. Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira*, vol. II, 1974, p. 198). Também as nomeações de interinos e a adoção do 'concurso de inscrição limitada' contribuíram para solapar a força normativa da regra constitucional (Cláudio Pacheco, *Tratado das Constituições Brasileiras*, vol. XIII, 1965, p.p. 51/54; Pinto Ferreira, *Curso de Direito Constitucional*, 1964, p. 336).¹⁷

O concurso era obrigatório para a primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinasse, exigindo a prévia inspeção de saúde. Entretanto, a Carta de 1946 não especificou que o concurso deveria ser público, muito embora a doutrina administrativa já proclamava a regra da ampla publicidade através dos respectivos editais. Além disso, essa constituição também não estabeleceu se o concurso deveria ser de provas, títulos, ou de provas e títulos.

Os cargos em comissão de livre nomeação e exoneração estavam expressamente previstos na Constituição de 1946.¹⁸

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *O princípio do concurso público na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Revista de informação legislativa, n.º 100, p. 165.

¹⁸ Transcreve-se, a seguir, alguns dispositivos da Constituição de 1946 que fazem referência a cargos de livre nomeação e exoneração: Art. 26 - O Distrito Federal será administrado por Prefeito de nomeação do Presidente da República, e terá Câmara eleita pelo povo, com funções legislativas. § 1º - Far-se-á a nomeação depois que o Senado Federal houver dado assentimento ao nome proposto pelo Presidente da República. §2º - O Prefeito será demissível *ad nutum*; (...) Art. 87 - Compete privativamente ao Presidente da República: I – (...) III - nomear e demitir os Ministros de Estado; (...) Art. 126 - O Ministério Público federal tem por Chefe o Procurador-Geral da República. O Procurador, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos indicados no artigo 99, é demissível *ad nutum*; (...) Art. 188 - São estáveis: I - depois de dois anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados por concurso; II - depois de cinco anos de exercício, os funcionários efetivos nomeados sem concurso. Parágrafo único - O disposto neste artigo não se aplica aos cargos de confiança nem aos que a lei declare de livre nomeação e

1.2.5 Da Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n.º 1 de 1969

Com o golpe militar de 31 de março de 1964, começa a se encerrar o ciclo da Constituição de 46, inicialmente por sucessivas emendas constitucionais e, posteriormente, pela promulgação da Constituição de 1967.

Nas palavras do professor Luiz Alberto David Araujo:

Até 1961, a Constituição [de 1946] sofreu apenas três emendas. No entanto, a partir desse ano, as diversas crises na vida institucional do País passaram a se refletir no campo normativo por meio de emendas.¹⁹

A Carta de 1967 representou um esforço de redução do arbítrio contido nos Atos Institucionais que se seguiram à Revolução de 1964. Ela foi votada em 24 de janeiro de 1967 e passou a vigorar no dia 15 de março de 1967. Foi feita e criada pelo Congresso Nacional, para o qual o Ato Institucional n.º 4 atribuiu função de poder constituinte originário ("ilimitado e soberano").

Essa Constituição também acolheu a ampla acessibilidade aos cargos públicos no artigo 97, *caput*, com a seguinte redação: “Os cargos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei”.

Foi somente com a Constituição de 1967 que o concurso público passou a ser obrigatório para o provimento de todos os cargos públicos, excetuando-se os cargos em comissão. Vejamos:

Art. 95. Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer.

§1º A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

§2º Prescinde de concurso a nomeação para cargos em comissão,

demissão. (...) Art. 222. São vedados e considerados nulos de pleno direito, não gerando obrigação de espécie alguma para a pessoa jurídica interessada, nem qualquer direito para o beneficiário, os atos que no período compreendido entre os noventa dias anteriores à data das eleições federais, estaduais e municipais e o término, respectivamente, do mandato do Presidente da República, do Governador do Estado e do Prefeito Municipal importem: a) nomear, admitir ou contratar pessoal a qualquer título, no serviço centralizado autárquico ou nas sociedades de economia mista de que o Poder Público tenha o controle acionário a não ser para cargos em comissão ou funções gratificadas, cargos de magistratura, e ainda para aqueles para cujo provimento tenha havido concurso de provas; (incluído pela Emenda Constitucional n.º 15, de 1965).

¹⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David. *Curso de Direito Constitucional*. – 18. ed. rev. e atual. - São Paulo: Verbatim, 2014. p. 135.

declarados em lei, de livre nomeação e exoneração.

Avançou-se na exigência do concurso, estabelecendo que a nomeação para cargo público seja precedida de concurso público de provas ou de provas e títulos. Importante observar que essa constituição não mais restringiu a exigência de concurso apenas para a primeira investidura em cargo público, dispensando-o apenas para nomeação para cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

Entretanto, as modificações inseridas pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, representou um grande retrocesso em relação ao texto constitucional anterior, na medida em que voltou a restringir a imprescindibilidade do concurso público apenas à primeira investidura em cargo público e nos casos indicados em lei, dispensando-o para os cargos em comissão, assim declarados em lei de livre nomeação e exoneração, nos termos do artigo 97, abaixo transcrito.

Art. 97. Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei. §1º. A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei.

§2º. Prescindirá de concurso público a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração.

Além disso, dispensava-se o concurso público para cargos públicos efetivos de civil ex-combatente da Segunda Guerra Mundial que tivesse participado efetivamente em operações bélicas na Força Expedicionária Brasileira, Marinha, Força Aérea e Exército, Marinha Mercante (art. 197, alíneas *a* e *b*), bem como para cargos de Auditor e Promotor de Justiça da União, os então substitutos na data da promulgação da Magna Carta de 1969, que tivessem adquirido estabilidade nessas funções, respeitados os direitos dos candidatos aprovados em concurso.

Comentando as alterações trazidas pela referida emenda, Adilson Abreu Dallari anota que:

A redação (dolosamente) defeituosa do texto de 1969, art. 97, §1º, dizendo que apenas a “primeira investidura”, somente em “cargos públicos” é que dependia de aprovação em concurso público, “salvo os casos indicados em lei”, permitiu toda sorte de burlas e abusos, gerando um empreguismo desenfreado, um super inchamento dos quadros de pessoal, um descontrole completo do funcionalismo e a desmoralização do serviço público.

Como a Constituição se referia a “primeira” investidura, entendeu-se que qualquer outra independia de concurso público. Assim é que, ao longo do tempo, conforme relata Márcio Cammarosano, procederam-se a inúmeras “transformações de cargos”, meio pelo qual apaniguados exercentes de cargos modestos eram contemplados com cargos mais importantes, chegando até mesmo (por vias transversas) a receber estabilidade em cargo de provimento em comissão. Da mesma forma, sob a mesma desculpa, foi inventada a figura da “transposição”, destinada a prover mediante concurso interno, reservado a quem já fosse funcionário público, os cargos que, a rigor, deveriam ser disputados em concurso público.²⁰

Demais disso, como a Constituição possibilitava a dispensa do concurso para “os casos indicados em lei”, o legislador poderia dispensar o concurso para provimento de qualquer cargo, não obstante as vigorosas manifestações contrárias da doutrina.

Por outro lado, como a Constituição se referia apenas a “cargos”, as funções e empregos públicos não eram abrangidos pela obrigatoriedade de concurso, resultando daí uma verdadeira enxurrada de admissões sem concurso para funções criadas por decreto.

²⁰ DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 35.

2 DO ACESSO AOS CARGOS PÚBLICOS NA FRANÇA E NOS ESTADOS UNIDOS

Este capítulo do trabalho dedica-se a uma breve análise dos sistemas de acesso a cargos públicos adotados pela França e pelos Estados Unidos da América, que são duas democracias bem consolidadas e cujos sistemas jurídicos sempre serviram de referência para outros Estados.

É inegável a influência do direito francês e do norte-americano na formação do direito brasileiro. Sobre a influência estrangeira na administração pública, Tânia Fischer constata que os administradores públicos brasileiros, desde sua origem, receberam formação e treinamento fundamentados em experiências consolidadas em países desenvolvidos, que se constituíram em mecanismo de reprodução ideológica. Podem ser citados como exemplos dessa influência a criação, em 1938, do Departamento Administrativo do Serviço Público, DASP, que teve como fundamento os conceitos da administração científica e o sistema meritocrático norte-americano, e a criação da Escola Nacional de Administração Pública, ENAP, na década de 80, inspirada na ENA - *École Nationale d'Administration* - da França.²¹

Com relação à atual ordem constitucional, pode-se citar como exemplo da influência francesa a exigência do concurso público para a investidura em cargos e empregos públicos prevista no art. 37, II, da Constituição, mas que tem suas raízes históricas na França, no século XIX, numa reação contra a hereditariedade e venalidade dos cargos públicos e da afirmação do princípio de acesso aos cargos públicos segundo a capacidade dos indivíduos e sem outra distinção que não fossem as virtudes e talentos do indivíduo.

De outra banda, o direito norte-americano exerceu grande influência sobre o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado que se iniciou em 1995 e que teve como premissa central a transição de um paradigma burocrático de administração pública para um novo paradigma gerencial, fundamentado no modelo denominado Nova Gestão Pública. Essa reforma administrativa resultou na aprovação da Emenda

²¹ FISCHER, Tânia. *Depoimento sobre as trajetórias da qualificação para a administração pública no Brasil e itinerários baianos*. Cadernos da Fundação Luís Eduardo Magalhães, n. 6, junho de 2003, p. 75-88.

Constitucional n.º 19, de 04.6.1998, que promoveu grandes modificações no regime jurídico constitucional dos servidores públicos.

Segundo Ricardo José Pereira Rodrigues, são inegáveis as semelhanças que alguns dispositivos do Projeto de Reforma Administrativa guardam com diversos atributos da legislação norte-americana em vigor, pelo menos no que tange ao funcionalismo público. É o caso da alteração do art. 41 da Constituição, que flexibilizou a estabilidade, permitindo a perda do cargo do servidor estável, em caso de insuficiência de desempenho no exercício das funções e por necessidade da administração pública.²² Essa emenda constitucional também modificou os dispositivos constitucionais que disciplinam o acesso aos cargos e empregos públicos (art. 37, I, II e V), que serão tratados oportunamente no transcorrer do trabalho.

Por essas razões, passa-se à análise sucinta dos regimes jurídicos dos servidores públicos da França e dos Estados Unidos.

2.1 França

A legislação que rege os servidores públicos franceses compreende leis, decretos e portarias. A Lei geral é a n.º 83-634, de 13 de julho de 1983, relativa a direitos e obrigações dos servidores públicos civis. Esta Lei geral aplica-se exclusivamente aos servidores do Poder Executivo, excluindo-se os servidores do Poder Legislativo e do Poder Judiciário em todos os seus níveis (art. 2). Por ser um país unitário, a administração do Poder Executivo francês abrange também as divisões territoriais (regiões, departamentos, municípios) e todos os órgãos ou sociedades, inclusive de economia mista, onde trabalhem servidores públicos. Os servidores públicos das administrações locais (regiões, departamentos, comunas, municípios) regem-se pela Lei n.º 84-53, de 26 de janeiro de 1984. Por fim, os

²² RODRIGUES, Ricardo José Pereira. Regime jurídico do servidor público nos Estados Unidos. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados - Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, Brasília, 1995. Disponível para download em <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/1370>. Acesso em: 21.8.2016, p. 12.

funcionários da rede hospitalar pública regem-se pela Lei n.º 86-33, de 9 de janeiro de 1986.²³

Nota-se, assim, que o regime jurídico dos servidores públicos franceses é diversificado por categorias, funções e esferas de governo. As três grandes categorias de funcionários públicos são: Função Pública do Estado; Função Pública Territorial e Função Pública Hospitalar.

Naquele país, o acesso a cargos públicos depende, em regra, da aprovação em concurso público de provas e títulos. Em função de pertencerem a uma das categorias acima descritas estão submetidos a regras e normas específicas. A estabilidade é inerente à função pública e se aplica a todos os servidores públicos franceses, independentemente de sua categoria funcional (Função Pública do Estado; Função Pública Territorial e Função Pública Hospitalar). A administração pública só pode demitir por justa causa. A função pública está devidamente estruturada com planos de carreira adequados para os diversos cargos e funções. Os funcionários que alcançam os níveis de referência mais elevados são frequentemente chamados a exercer altos cargos de livre provimento na administração. O mérito, a dedicação e os estudos são as bases de promoção no serviço público francês.²⁴

Ressalta-se que a legislação francesa aplica regimes jurídicos diferenciados aos ocupantes de cargos da administração superior (art.25 Lei n.º 84-16 de 11 de janeiro de 1984), de livre provimento e exoneráveis *ad nutum*, cujos ocupantes que podem, ou não, serem oriundos do quadro de servidores públicos. Esses cargos são correspondentes aos cargos em comissão de direção, chefia e assessoramento no Brasil. O Decreto n.º 85-779, de 24 de julho de 1985, especifica as funções de livre provimento na administração pública francesa, que se restringem aos funcionários sob as ordens diretas dos ministros de estado, secretário-geral do governo, embaixadores, diretores-gerais, diretores da administração central, secretário-geral da Defesa Nacional e mais cinco outros cargos.²⁵

²³ REINER, Lúcio. Regimes jurídicos de funcionários públicos – França. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados - Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, Brasília, 1995. Disponível para download em <http://bd.camara.leg.br/documentos-e-pesquisas/publicacoes/estnottec/arquivos-pdf/pdf/510859.pdf>. Acesso em: 21.8.2016.p. 3-4.

²⁴ Id.

²⁵ Ibidem, p. 4.

2.2 Estados Unidos

Nos Estados Unidos, cada ente da Federação (União, Estados e Municípios) tem competência para legislar sobre a relação com servidores públicos.

No plano federal, todos os servidores públicos (funcionários de carreira ou indicados para cargos de confiança), com exceção dos integrantes das Forças Armadas e ocupantes de cargos eletivos, são regidos pela *Civil Service Act* (Lei da Função Pública), conhecida também por Lei Pendleton, promulgada em janeiro de 1883. Essa lei reorganizou o funcionalismo federal, inaugurando um regime de recrutamento e carreira baseado no sistema de mérito, com o objetivo de consolidar uma administração pública menos politizada e mais comprometida com a continuidade dos programas e ações do Governo.²⁶

Antes de 1883, a meritocracia não era uma característica dominante do regime jurídico dos servidores públicos dos Estados Unidos. Somente os apadrinhados políticos ocupavam cargos públicos.

Mosher e Kingsley ressaltam que:

Os fins do governo se misturavam aos fins do partido e transformavam-se em benefícios pessoais para a liderança política. Na época, Serviço Público significava o mesmo que serviço ao partido. Com cada mudança no controle da máquina partidária, mudava-se todos os ocupantes de cargos públicos.²⁷

Foi somente com a Lei da Função Pública de 1883, que os Estados Unidos conheceram a figura do concurso para a seleção de candidatos a cargos públicos, passando a exigir a realização de provas de caráter prático para o recrutamento de servidores e instituindo a Comissão de Serviço Civil dos Estados Unidos²⁸. Esta

²⁶ SHAFRITZ, Jay May. *Dictionary of American government and politics*. Chicago: Dorsey Press, 1988, p. 103. apud: RODRIGUES, Ricardo José Pereira. Regime jurídico do servidor público nos Estados Unidos. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados - Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, Brasília, 1995. Disponível para download em <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/1370>. Acesso em: 21.8.2016. p. 3.

²⁷ MOSHER, William, KINGSLEY, J. Donald. *Public personnel administration*. New York: Harper & Brothers, 1941, p. 19.; apud: RODRIGUES, Ricardo José Pereira Rodrigues. Regime jurídico do servidor público nos Estados Unidos. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados - Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, Brasília, 1995. Disponível para download em <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/1370>. Acesso em: 21.8.2016. p. 4.

²⁸ A Comissão de Serviço Civil dos Estados Unidos era independente e bi-partidária, os seus membros eram indicados pelo Presidente e a ele respondiam diretamente.

Comissão implantou o gerenciamento do sistema de mérito para a seleção e promoção de funcionários de carreira. A Lei da Função Pública tornou-se um modelo copiado por muitos Estados e Municípios dos Estados Unidos.

Ao longo de quase um século de vigência, a Lei da Função Pública sofreu diversas alterações, mas a principal reforma legislativa aconteceu em 1978, com a promulgação da Lei de Reforma do Serviço Público (*Civil Service Reform Act*), vigente até os dias atuais. Essa lei promoveu as seguintes alterações: extinguiu a Comissão de Serviço Civil dos Estados Unidos e criou o Escritório de Gerenciamento de Pessoal (*Office of Personnel Management - OPM*)²⁹; criou o Conselho de Proteção do Sistema de Mérito (*Merit Systems Protection Board*)³⁰ e a Autoridade Federal de Relações Trabalhistas (*Federal Labor Relations Authority*); criou um sistema de avaliação de desempenho para aumentar a produtividade e estabelecer um elo entre desempenho e pagamento para gerentes federais; criou um sistema de pagamento por mérito para gerentes intermediários, com a finalidade de premiar alto desempenho com bônus financeiro; e, por fim, criou o Serviço de Executivos Sênior (*Senior Executive Service*) com gestores governamentais que poderiam participar ativamente do processo de formulação de políticas, reservando-se dez por cento desses cargos a indicações políticas.³¹

Segundo a lei norte-americana, no sistema de mérito adotado nos Estados Unidos, a seleção de funcionários públicos federais deve ser feita entre indivíduos qualificados de campos apropriados de trabalho de forma a se construir uma mão de obra proveniente de todos os segmentos da sociedade, e sua seleção e promoção devem ser determinadas com base exclusiva na habilidade relativa, no conhecimento

²⁹ O Escritório de Gerência de Pessoal (*Office of Personnel Management - OPM*) é o órgão responsável pela implementação da política de pessoal do Governo Federal e tem o encargo de assegurar que o sistema funcione conforme prescrito pela lei.

³⁰ O Conselho de Proteção ao Sistema de Mérito é uma agência independente do governo, responsável pela salvaguarda dos princípios do sistema e das prerrogativas dos funcionários contra abusos e ações de pessoal injustas. É composto por três membros indicados pelo Presidente da República, com a sanção do Senado, sendo que no máximo dois membros podem pertencer ao mesmo partido e tanto o presidente quanto os demais membros devem ser indivíduos com notória experiência e qualificação para implementar as funções de competência do Conselho.

³¹ IGRAHAM, Patricia/ROSENBLOOM, David. *Introduction*. In: IGRAHAM, Patricia/ROSEBLOOM, David. *The promise and paradox of civil service reform*. Pittsburgh: University of Pittsburg Press, 1992, p. 160; apud: RODRIGUES, Ricardo José Pereira Rodrigues. Regime jurídico do servidor público nos Estados Unidos. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados - Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, Brasília, 1995. Disponível para download em <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/1370>. Acesso em: 21.8.2016. p. 7-8.

e técnica, após uma competição justa e aberta que assegure igual oportunidade a todos.³²

As provas de concurso para admissão ao serviço público federal estadunidense podem ser escritas ou práticas, realizadas na forma de uma avaliação do treinamento acadêmico e da experiência do candidato, ou finalmente, consistir em uma combinação desses tipos de avaliação. O concurso basicamente habilita o candidato a ter seu nome inscrito em um registro de candidatos habilitados. A repartição pública que tem vagas a preencher solicita ao Escritório de Gerência de Pessoal a indicação de candidatos habilitados. Os primeiros colocados na lista são indicados em primeiro lugar, podendo a autoridade a que compete fazer a nomeação escolher entre os três primeiros indicados. Este é um processo que não sofreu qualquer alteração com a reforma de 1978.³³

Portanto, o atual regime jurídico dos servidores públicos federais estadunidenses é fundamentado no conceito de mérito, cuja legislação (Lei da Função Pública de 1883 e Lei de Reforma do Serviço Público de 1978) foi concebida para garantir que o recrutamento, a promoção, a remoção, ou a demissão de funcionários aconteça com base no desempenho e habilidade de cada indivíduo (mérito) e não devido a motivos políticos.

No entanto, a Lei de 1978 prevê casos de funções ou posições excluídas do “serviço competitivo”, ou seja, do concurso. Essas exceções são determinadas pelo Escritório de Gerência de Pessoal (OPM) ou por força de lei. No primeiro caso, há as categorias do “quadro C”, que compreende dirigentes de alto nível, responsáveis por diretrizes administrativas, e assessores confidenciais desses altos funcionários”; as do “quadro A e B”, destinadas a certas funções que não exigem alta direção ou confidencialidade, mas para as quais a exigência de concurso esbarra em impedimentos circunstanciais. É o caso de funções temporárias, estágios ou funções de tempo parcial que obrigam a residência em lugares remotos.

³² RODRIGUES, Ricardo José Pereira Rodrigues. Regime jurídico do servidor público nos Estados Unidos. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados - Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, Brasília, 1995. Disponível para download em <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/1370>. Acesso em: 21.8.2016. p. 7.

³³ Ibidem, p. 7-8.

Algumas agências federais norte-americanas estabeleceram sistemas de méritos individuais, independentes do controle do Escritório de Gerência de Pessoal (OPM). Embora os procedimentos específicos de cada sistema individual variem de agência para agência, eles foram elaborados como exceção ao sistema de mérito com o objetivo de facilitar o recrutamento de profissionais, dar a agência maior flexibilidade na contratação e demissão do que permitido na Lei da Função Pública, assim como permitir métodos mais simplificados de seleção. Entre as agências que operam sob sistemas individuais de mérito estão os Correios, o Departamento de Estado (somente para diplomatas), o FBI, o Tennessee Valley Authority (corporação dos Estados Unidos, criada pelo Congresso em 18 de maio de 1933, para promover a navegação, o controle de inundação e geração de eletricidade), o Departamento de Assuntos de Veteranos de Guerra, e o Serviço de Saúde Pública dos Estados Unidos.³⁴

A politização das agências governamentais segue um padrão que é o de conceder ao presidente os meios para exercer controle sobre a burocracia e fazer com que sua ação se dê conforme as suas diretrizes, ou contornar situações em que a burocracia das agências tem preferências distintas das suas.³⁵

Nos Estados Unidos, após cada eleição presidencial, é publicada alternadamente pela Câmara dos Representantes e pelo Senado, a relação de cargos que podem ser preenchidos por critérios políticos. A publicação, denominada *United States Government Policy and Supporting Positions* (Política de Governo dos Estados Unidos e Posições de Apoio³⁶), inclui dados detalhados sobre os cargos, nos poderes Executivo e Legislativo, que exercem funções de liderança ou suporte aos cargos políticos e que podem ser preenchidos por livre nomeação. De acordo com a última publicação, de 01.12.2016, existem 7.521 cargos de livre provimento, incluídos os cargos das comissões reguladoras independentes, das agências executivas do governo federal, das secretarias (ministérios), de órgãos da Presidência e de órgãos ligados ao Poder Legislativo, distribuídos da seguinte forma:³⁷

³⁴ NELSON, Michael (ed). *Guide to the Presidency*. Washington, D.C.: Congressional Quarterly, 1990, p. 1213.

³⁵ SANTOS, Luiz Alberto. Burocracia profissional e a livre nomeação para cargos de confiança no Brasil e nos EUA. *Revista do Serviço Público*. Brasília: ENAP, vol. 60, n.º 1, p. 5-28, Jan/Mar 2009. p. 6.

³⁶ Tradução livre.

³⁷ *United States Government Policy and Supporting Positions (Plum Book)*, 2016. Disponível para download em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-PLUMBOOK-2016/pdf/GPO-PLUMBOOK-2016.pdf>

- a) PAS = Cargos indicados pelo Presidente, mas sujeitos à aprovação do Senado: 1242 cargos;
- b) PA = Cargos indicados pelo Presidente, sem aprovação do Senado: 472 cargos;
- c) GEN = Posições Gerais do Serviço Executivo Sênior, passíveis de livre nomeação, desde que satisfeitos requisitos de qualificação: 3.684 cargos;
- d) NA = Postos totais do Serviço Executivo Sênior efetivamente ocupados por pessoas de fora da carreira, em virtude do limite de 10%: 761 postos;
- e) LA = Postos do Serviço Executivo Sênior ocupados em caráter emergencial ou temporário: 76 postos;
- f) SC = Postos de confiança política, definidos na Tabela C, excetuados do sistema de mérito em razão de suas atribuições de formulação de políticas: 1538 postos;
- g) XS = Postos excepcionalmente sujeitos a indicação política: 585 postos.

Assim, segundo essa fonte oficial, no governo federal dos Estados Unidos existem 3.913 cargos de livre nomeação, que podem ser preenchidos por servidores de fora da carreira. Esses números são indicativo da pouca liberdade dos dirigentes políticos para lotear a máquina pública ou adotar critérios de preferência político-partidárias para ocupar postos gerenciais. Naquele país efetivamente os cargos em comissão exercem o papel de contrabalançar o poder da burocracia e assegurar o seu controle político pelo governo, e não para servir ao propósito de permitir a apropriação fisiológica dos meios administrativos.³⁸

³⁸ SANTOS, Luiz Alberto. Burocracia profissional e a livre nomeação para cargos de confiança no Brasil e nos EUA. Revista do Serviço Público. Brasília: ENAP, vol. 60, n.º 1, p. 5-28, Jan/Mar 2009.

3 DOS AGENTES PÚBLICOS

Após as considerações gerais acerca das formas de acesso aos cargos públicos adotadas ao longo da história, nas constituições brasileiras anteriores e nos países que exerceram forte influência sobre o direito pátrio, é imprescindível conhecer os sujeitos que desempenham as funções estatais, especialmente os servidores públicos, pois são esses que exercem cargos efetivos e cargos em comissão na Administração Pública.

A princípio, deve-se lembrar que o Estado, enquanto pessoa jurídica, não possui um querer e um agir psíquico e físico próprio. Como entidade lógica que é, a sua vontade e ação se manifesta por meio das pessoas investidas na condição de seus agentes.

Nas palavras de Márcio Cammarosano:

O Estado quer e age por intermédio de agentes, isto é, de seres físicos prepostos à condição de seus agentes. E esses agentes podem integrar a estrutura da Administração direta e indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais) ou podem ser alheios ao aparelho estatal (concessionários, permissionários, delegados de função ou ofício público, alguns requisitados, gestores de negócios públicos e contratados por locação civil de serviços). O que há de comum entre esses agentes, é que todos exercem, ainda que alguns de forma transitória ou episodicamente, uma parcela do poder estatal.³⁹

A Constituição Federal de 1988 emprega a expressão “servidor público” ora em sentido amplo, para designar todas as pessoas físicas que prestam serviços à Administração Pública direta e indireta, ora em sentido mais restrito, excluindo aqueles que prestam serviços às pessoas jurídicas de direito privado que fazem parte da Administração Pública indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado instituídas pelo Poder Público).⁴⁰

³⁹ CAMMAROSANO, Márcio. *Provimento de cargos públicos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 4.

⁴⁰ Para Celso Antônio Bandeira de Mello possivelmente não se encontrará na Constituição parte alguma afligida por tantas imperfeições técnicas quanto a relativa a servidores. A linguagem desuniforme ou imprecisa do texto, a ausência de um caráter rigidamente sistemático em sua terminologia, recomendam grandes precauções do hermeneuta. O próprio processo de elaboração da Lei Maior, fragmentário em sua origem e costurado sob o natural impacto das múltiplas pressões e interesses em causa, além da inserção de dispositivos que, no aqodamento da ocasião, se redigiram com sacrifício de apuro técnico, impõem ao exegeta o dever de extremada cautela interpretativa. Proíbem-lhe, no

Na Seção I do Capítulo VII, que trata das disposições gerais aplicáveis à Administração Pública, a Constituição emprega o termo servidor público para referir-se a todas as pessoas físicas que prestam serviços à Administração Pública direta e indireta, ou seja, o termo aqui abrange todos aqueles que prestam serviços à Administração central e às autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista (entidades da Administração indireta).⁴¹

Por sua vez, na Seção II do Capítulo VII, que trata especificamente dos servidores públicos, a Constituição emprega o termo para referir-se tão somente àqueles que prestam serviços à Administração Pública direta e às autarquias e fundações públicas.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro lembra que, em outros capítulos da Constituição, existem preceitos aplicáveis a outras pessoas que exercem função pública no sentido amplo, que compreende não só a função administrativa, de que cuida o capítulo referente à Administração Pública, mas também as funções legislativa e jurisdicional, tratadas em capítulos próprios.⁴²

Diante dos significados conferidos ao termo servidor público na Constituição, é conveniente adoção de outro vocábulo, de sentido mais amplo, para designar todas as pessoas que exercem uma função estatal, independente da

geral – e muito mais no particular, ante o tema dos servidores – atribuir, descuidosamente, às expressões vazadas no texto, uma coerência metódica ou força sistematizadora compacta que nele não tem e que em vão ali se buscaria encontrar. Compreende-se, pois, que haverão de ser reconhecidas exceções à presumível unidade dos tópicos aglutinantes e que ter-se-á, alguma vez, de recusar a certos termos o sentido que lhes pareceria típico, quando perceptível que foram usados sem compromisso com a acepção corrente que lhes conferem os especialistas na matéria. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime dos servidores da Administração direta e indireta*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 1995)

⁴¹ Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta que “não só o teor da rubrica nominadora da Seção, não só a linguagem deliberadamente extensiva do art. 37, mas também o fato de mencionar administração “fundacional” (em paralelismo com a expressão administração indireta) demonstram o cuidado da Constituição em não permitir que escape daquela regência qualquer variante modal personalizada dentre as conhecidas entre nós. Como as fundações vinham sendo o mais recente subterfúgio evasivo ao rigor dos controles públicos, a Constituição, sobrepassando qualquer controvérsia doutrinária sobre elas, tratou, pragmaticamente, de referir administração “fundacional”, para colhê-las inelutavelmente, fossem ou não e viessem ou não a ser por lei enquadradas como pessoas da Administração indireta. Transparece também nisto, portanto, o evidente propósito constitucional de enunciar que o império das “Disposições Gerais” abarca quaisquer das configurações jurídicas do aparelho administrativo dos *três Poderes* e, pois, que as regras interferentes com o regime de servidores, ali contidas – salvo restrição indubitosa - como ao diante se verá – estão reportadas ao mesmo universo”. (Ibidem, p. 52)

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Servidores públicos na Constituição de 1988*/ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta, Luciano de Araújo Ferraz. 3 ed., São Paulo: Atlas, 2015. p. 1.

natureza do vínculo que mantêm com o Estado. Nesse sentido, a doutrina passou a falar em agente público em sentido amplo.

A doutrina administrativista majoritária entende por agente público ou agente estatal a relação mais abrangente mantida entre o Estado e os sujeitos que lhe servem como instrumento expressivo de sua vontade ou ação. Por isto, esta noção de agentes públicos abarca tanto o Chefe do Poder Executivo (em quaisquer esferas) como os senadores, deputados e vereadores, os ocupantes de cargos ou empregos públicos da Administração direta dos três Poderes, os servidores das autarquias, das fundações governamentais, das empresas públicas e sociedades de economia mista nas distintas órbitas de governo, os concessionários e permissionários de serviço público, os delegados de função ou ofício público, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviços e os gestores de negócios públicos.⁴³

Nesse diapasão, Celso Antônio Bandeira de Mello explica que dois são os requisitos para a caracterização do agente público: um, de ordem *objetiva*, a natureza estatal da missão desempenhada; outro, de ordem *subjetiva*: a investidura nela.⁴⁴ Desse modo, todos aqueles que desempenhem funções estatais, enquanto as exercitam, é um agente público.

Os agentes públicos, conforme a classificação adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello, podem ser divididos em quatro grandes grupos, dentro dos quais são reconhecíveis ulteriores subdivisões. São eles: a) *agentes políticos*; b) *agentes honoríficos*; c) *servidores estatais, abrangendo os servidores públicos e servidores governamentais de Direito Privado*; e d) *particulares em atuação colaboradora com o Poder Público*.⁴⁵

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro classifica aos agentes públicos nas seguintes categorias: a) agentes políticos; b) servidores públicos; c) militares; d) particulares em colaboração com o Poder Público. A autora justifica a inclusão dos militares como categoria específica de agentes públicos, por entender que após a

⁴³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30 ed. rev. e atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 248-249.

⁴⁴ Id.

⁴⁵ Ibidem, p. 251.

Emenda Constitucional n.º 18/98 eles foram excluídos da denominação de servidores adotada na Constituição Federal.⁴⁶

Para os fins deste trabalho, adota-se a classificação apresentada pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello, porquanto entende-se que conceitualmente não há diferença entre servidor público e militares, já que ambos mantêm com o Poder Público relação de trabalho, de natureza profissional e caráter não eventual, sob vínculo de dependência e mediante contraprestação pecuniária paga pelos cofres públicos.

3.1 Agentes políticos

A doutrina diverge quanto ao conceito de agentes políticos. Uma parcela da doutrina limita a expressão aos exercentes de funções políticas tipicamente de governo, administração e comando; outra, inclui no conceito os membros do Poder Judiciário, dos Tribunais de Contas, do Ministério Público e demais autoridades que desempenhem suas atribuições constitucionais com independência funcional e remuneração à base de subsídio.

Para Hely Lopes Meirelles:

[...] agentes políticos são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais.[...] Nessa categoria encontram-se os *Chefes de Executivo* (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários de Estado e de Município); os *membros das Corporificações Legislativas* (Senadores, Deputados e Vereadores), os *membros do Poder Judiciário* (Magistrados em geral), os *membros do Ministério Público* (Procuradores da República e da Justiça, Promotores e Curadores Públicos); os *membros dos Tribunais de Contas* (Ministros e Conselheiros); os *representantes diplomáticos* e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26. ed., São Paulo: Atlas, 2013. p. 585.

atribuições governamentais, judiciais ou quase judiciais, estranha ao quadro do serviço público.⁴⁷

Essa concepção mais ampla de agentes políticos também é adotada por Lucas Rocha Furtado⁴⁸ e Manoel Jorge e Silva.⁴⁹

No entanto, adota-se nesse trabalho o conceito mais restrito de agente político defendido por Celso Antônio Bandeira de Mello e seguido por boa parte da doutrina.⁵⁰

Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do país, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores.⁵¹

A ideia de agente político está estritamente ligada à de função política, cuja competência se concentra nas mãos dos órgãos de Governo (Poderes Executivo e Legislativo).⁵² Portanto, o termo “agente político” quando empregado neste trabalho compreende: o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos

⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. 42. ed. atual. até Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 80-82.

⁴⁸ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 886.

⁴⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 462.

⁵⁰ No mesmo sentido: Márcio Cammarosano (*Direito Administrativo na Constituição de 1988*/Celso Antônio Bandeira de Mello coordenador. Vários autores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 170); Edmir Netto de Araújo (*Curso de direito administrativo*. 3 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 255); Ivan Barbosa Rigolin (*O servidor público nas reformas constitucionais*. 3. ed. ampl. e atual., Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 61-62); José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*. 22 ed. rev. e atual. até 10.07.2009, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 560); Lúcia Valle Figueiredo (*Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. até as Emendas 19 e 20 de 1998, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 551); Diógenes Gasparini (*Direito administrativo*. 15 ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 231); Marçal Justen Filho (*Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva: 2013, p. 885-887); Márcio Pestana (*Direito administrativo brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 114); Odete Medauar (*Direito administrativo moderno*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.304).

⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30 ed. rev. e atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 251-252.

⁵² Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26. ed., São Paulo: Atlas, 2013. p. 586.

vices, Ministros de Estado e Secretários das diversas Pastas (estadual, distrital e municipal), bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores.

É relevante observar que os Ministros de Estado, Secretários Estaduais e Secretários Municípios, apesar de ocuparem cargos de livre nomeação e exoneração pelo Chefe do Executivo, são também considerados agentes políticos, pois ocupam cargos políticos de auxiliares diretos ou imediatos dos Chefes de Executivo, previstos na própria Constituição.

3.2 Agentes honoríficos

Agentes honoríficos são as pessoas físicas que, sem vínculo profissional e, em regra, sem remuneração, em razão da qualidade de cidadãos e de seu reconhecível conhecimento técnico em determinadas matérias, são livremente designados para compor comissões técnicas. Pode-se citar como exemplo: os membros do Conselho da República (art. 89, VI, da CF), do Conselho de Comunicação Social (art. 224 da CF) e do Conselho Nacional de Educação (art. 8º da Lei 9.131, de 24.11.1995).⁵³

3.3 Servidores estatais e servidores públicos

Dentre os agentes públicos, a categoria que abrange a maior quantidade de agentes públicos é, sem dúvidas, a de *servidores públicos*, também denominados de *agentes administrativos*.⁵⁴

⁵³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30 ed. rev. e atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 252.

⁵⁴ Para Hely Lopes Meirelles agentes administrativos são todos aqueles que se vinculam ao Estado ou às suas entidades autárquicas e fundacionais por relações profissionais, sujeitos à hierarquia funcional e ao regime jurídico determinado pela entidade estatal a que servem. São investidos a título de emprego e com retribuição pecuniária, em regra por nomeação, e excepcionalmente por contrato de trabalho ou credenciamento. Nessa categoria incluem-se, também, os dirigentes de empresas estatais (não os seus empregados), como representantes da Administração indireta do Estado, os quais, nomeados ou eleitos, passam a ter vinculação funcional com órgãos públicos da Administração direta, controladores da entidade. Os *agentes administrativos* não são membros de Poder do Estado, nem o representam,

Muitos utilizam de forma equivocada a expressão funcionário público como sinônimo de servidor público, quando na verdade este é gênero do qual aquele é espécie. Funcionários públicos são apenas os agentes investidos em cargos públicos da Administração direta e respectivas autarquias e fundações de direito público. A Constituição não mais emprega o vocábulo funcionário público, mas nada impede o seu uso pelo legislador ordinário.

A doutrina diverge na conceituação de servidores públicos. Para alguns abrange todos aqueles que exercem cargo, emprego ou função pública na Administração Pública direta e indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista).⁵⁵ Para outros, servidores públicos são apenas os agentes públicos investidos em cargos e empregos públicos na Administração Pública direta e nas pessoas jurídicas de direito público da Administração Pública indireta (autarquias e fundações de direito público).⁵⁶

Em geral, a doutrina denomina servidores públicos em sentido lato todos aqueles que mantêm com o Poder Público relação de trabalho, de natureza profissional e caráter não eventual, sob vínculo de dependência e mediante contraprestação pecuniária paga pelos cofres públicos.

nem exercem atribuições políticas ou governamentais; são unicamente servidores públicos, com maior ou menor hierarquia, encargos e responsabilidades profissionais dentro do órgão ou da entidade a que servem, conforme o cargo, emprego ou a função em que estejam investidos. [...] A categoria dos *agentes administrativos* – espécie do gênero *agente público* – constitui a imensa massa dos prestadores de serviços à Administração direta e indireta do Estado nas seguintes modalidades admitidas pela Constituição da República/88: a) *servidores públicos concursados* (art. 37, II, b); b) *servidores públicos exercentes de cargos ou empregos em comissão titulares de cargos ou empregos públicos* (art. 37, V); c) *servidores temporários*, contratados “por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público” (art. 37, IX). (*Direito administrativo brasileiro*. Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. 42. ed. atual. até Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 83-84)

⁵⁵ Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro são servidores públicos, em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos. Compreendem: 1. Os servidores estatutários, sujeitos ao regime estatutário e ocupante de cargos públicos; 2. Os empregados públicos, contratados sob o regime da legislação trabalhista e ocupantes de emprego público. 3. Os servidores temporários, contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da Constituição); eles exercem função, sem estarem vinculados a cargo ou emprego público (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26. ed., São Paulo: Atlas, 2013. p.587-588).

⁵⁶ Nesse sentido: Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, 30. ed. rev. e atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 253-254) e Adilson Abreu Dallari (*Regime constitucional dos servidores públicos*, 2ª ed. rev. e atualizada de acordo com a Constituição Federal de 1988, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 14-15)

Entretanto, Celso Antônio Bandeira de Mello prefere utilizar a designação genérica “servidores estatais” para abranger todos aqueles que mantêm com a Administração Pública direta e indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista) relação de trabalho de natureza profissional e não eventual sob o vínculo de dependência. Essa categoria, por sua vez, subdivide-se em dois grupos: 1) servidores públicos; 2) servidores das pessoas governamentais de Direito Privado.⁵⁷

Prefere-se adotar a classificação apresentada por Celso Antônio, pois, a partir da Emenda Constitucional n.º 19, de 4.6.1998, a designação servidores públicos na Constituição não é mais adequada para abarcar os empregados das entidades da Administração indireta de Direito Privado. Isso porque, conforme já foi dito, após referida modificação do texto constitucional, a nossa Carta Política, na Seção II do Capítulo VII, empregou a expressão servidores públicos para referir-se tão somente àqueles que prestam serviços à Administração Pública direta e às autarquias e fundações públicas.

Desse modo, a expressão servidores públicos, quando empregada neste trabalho, compreende:

- a) os servidores titulares de cargos efetivos na Administração direta e respectivas autarquias e fundações de Direito Público, anteriormente denominados funcionários públicos pela Constituição Federal;
- b) os servidores titulares de cargos em comissão na Administração Pública direta e respectivas autarquias e fundações de Direito Público;
- c) os servidores ocupantes de empregos públicos na Administração Pública direta e respectivas autarquias e fundações de Direito Público;
- d) os servidores contratados pela Administração Pública direta e respectivas autarquias e fundações de Direito Público, nos termos do art. 37, IX, da Constituição, para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público.

⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 30. ed. rev. e atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 253.

De outra banda, os servidores das pessoas governamentais de Direito Privado são os empregados de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de Direito Privado instituídas pelo Poder Público, contratados sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

3.4 Particulares em colaboração com a Administração

Nessa categoria encontram-se todos os sujeitos que, sem perderem a qualidade de particulares (com exceção única para os recrutados pelo serviço militar), exercem função pública, ainda que às vezes apenas em caráter episódico:⁵⁸

a) os requisitados para o exercício de atividade pública (jurados, membros de Mesa receptora ou apuradora de votos, recrutados para o serviço militar obrigatório etc.);

b) os que sua própria iniciativa assumem a gestão da coisa pública como “gestores de negócios públicos”, perante situações anômalas, para acudir necessidades públicas prementes;

c) os contratados por locação civil de serviços;

d) os concessionários e permissionários de serviços públicos;

e) os delegados de função ou ofício público (titulares de serventias da Justiça não oficializadas, como notários e registradores, bem como outros particulares que praticam outros atos dotados de força jurídica oficial, tal como os diretores de Faculdades particulares reconhecidas).

⁵⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 30. ed. rev. e atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 255-256.

4 DOS CARGOS PÚBLICOS

A Constituição Federal emprega os termos cargo, emprego e função para designar realidades distintas, pois cada qual é um conceito que denota objeto que recebe tratamento jurídico-positivo diferenciado. Assim, para que possa identificar os princípios e normas constitucionais aplicáveis aos cargos de provimento em comissão, é indispensável conhecer o conceito de cargo público, a diferença em relação aos empregos e funções públicas, bem como a sua classificação e formas de provimento.

Antes, contudo, é imperioso frisar que o Estado, em razão dos inúmeros cometimentos que lhe cabe, distribui os encargos de sua competência entre diferentes unidades, cada qual representativa de uma parcela de poder para decidir nos assuntos que lhe são afetos.⁵⁹ As competências públicas são definidas por lei e distribuídas em três níveis diversos: pessoas jurídicas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), órgãos (Ministérios, Secretarias e suas subdivisões) e servidores públicos, que ocupam cargo, emprego ou exercem função.⁶⁰

Órgãos públicos são unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado, que devem ser expressados pelos agentes investidos dos correspondentes poderes funcionais, a fim de exprimir na qualidade de titulares deles, a vontade estatal.⁶¹ Dessa forma, nada mais são do que diferentes unidades que sintetizam círculos de poder, onde se forma e manifesta o querer e o agir do Estado, cada qual com uma quantidade de cargos ou empregos criados por lei, que lhes confere denominação própria, define suas atribuições e fixa o padrão de vencimento e remuneração.

Cargos públicos, consoante Celso Antônio Bandeira de Mello, são as mais simples e indivisíveis unidades abstratas criadas por lei, com denominação própria e número certo, que sintetizam um centro de competências públicas da alçada das

⁵⁹ CAMMAROSAO, Márcio. *Provimento de cargos públicos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 3.

⁶⁰ Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito administrativo*. 26 ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 593.)

⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Apostamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 69.

peças jurídicas de direito público, a serem exercidas por um agente.⁶² Esse conceito demonstra que o número certo e designação própria caracteriza a individualidade dos cargos; o requisito da criação por lei, denota que só o Legislativo pode criá-los; o seu caráter de unidade abstrata mais simples e indivisível de competências permite distingui-los dos órgãos, que também são unidades abstratas de competências, mas que possuem dentro de si outras unidades, tal como os cargos.⁶³

Quando se passou a aceitar a possibilidade de contratação de servidores sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, a expressão emprego público passou a ser utilizada paralelamente a cargo público, também para designar uma unidade de atribuições, distinguindo-se do cargo público tão somente em razão do vínculo que liga o servidor ao Estado. A natureza do vínculo do ocupante de emprego público com o Estado é contratual e a disciplina jurídica que lhe é aplicável, embora sofra interferências advindas da natureza governamental da contratante, é a prevista na Consolidação das Leis do Trabalho. Já a natureza do vínculo que liga o titular de cargo público ao Estado é estatutária, ou seja, é regido pelo Estatuto dos Servidores Públicos instituído por lei do respectivo ente federativo. No âmbito da União, o Estatuto dos Servidores Públicos Civis foi instituído pela Lei n.º 8.112, de 11.12.1990.

Todavia, ao lado dos cargos e empregos, que tem uma individualidade própria definida em lei, existem atribuições também definidas em lei e exercidas por servidores públicos, mas sem que lhe correspondam um cargo ou emprego.

Função é a atribuição ou conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais. Todo cargo tem função, mas pode haver função sem cargo.⁶⁴

Hely Lopes Meirelles apresenta a seguinte distinção entre funções do cargo, funções permanentes e funções autônomas ou temporárias:

⁶² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Regime dos servidores da administração direta e indireta*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1995. p.28.

⁶³ Id.

⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*/Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. 42ª ed., atualizada até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 524.

As funções do cargo são definitivas; as funções autônomas são, por índole, provisórias, dada a precariedade do serviço que visam atender, como ocorre nos casos de contratação por tempo determinado (CF, art. 37, IX). Daí porque as funções permanentes da Administração só podem ser desempenhadas pelos titulares de cargos efetivos, e as transitórias, por servidores designados, admitidos ou contratados precariamente. Os servidores podem estabilizar-se nos cargos, mas não nas funções. Como visto, a EC19 restringe o exercício das funções de confiança apenas para o titular de cargo efetivo, vale dizer, o concursado. Dessa forma, o fato confiança fica restrito ao âmbito interno da Administração.⁶⁵

Por fim, Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que perante a Constituição atual, quando se fala em função, tem-se que ter em vista dois tipos de situações: (1) a função exercida por servidores contratados temporariamente com base no art. 37, IX, para a qual não se exige, necessariamente, concurso público, porque, às vezes, a própria urgência da contratação é incompatível com a demora do procedimento; (2) as funções de natureza permanente, correspondentes a chefia, direção e assessoramento, a que se refere o art. 37, V, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19.⁶⁶

4.1 Classificação dos cargos públicos

Depois de identificar as diferenças existentes entre cargos, empregos e funções, retorna-se à análise mais aprofundada acerca dos cargos públicos, iniciando pelo estudo de sua classificação para no próximo passo examinar as formas de provimento pertinente a cada espécie de cargo.

A doutrina classifica os cargos em públicos sob dois critérios: um que leva em conta a sua posição no quadro e outro que tem em vista a sua vocação para reter os ocupantes.

Quanto à sua posição no quadro⁶⁷, os cargos públicos classificam-se em:

⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*/Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. 42ª ed., atualizada até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 524.

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 595.

⁶⁷ Quadro é o conjunto de carreiras, cargos isolados e funções públicas remuneradas integrantes de uma mesma pessoa federativa ou de seus órgãos internos. O quadro poder ser permanente ou

1) cargo isolado: é que não se escalona em classes, por ser o único na sua categoria. Os cargos isolados constituem exceção no funcionalismo, porque a hierarquia administrativa exige escalonamento das funções para aprimoramento do serviço e estímulo aos servidores, através da promoção vertical;⁶⁸

2) cargo de carreira: é o que se escalona em classes, para acesso privativo de seus titulares, até o da mais alta hierarquia profissional. Ressalte-se que classe é o agrupamento de cargos da mesma profissão, e com idênticas atribuições, responsabilidades e vencimentos. As classes constituem os degraus de acesso na carreira.⁶⁹

Por outro lado, quanto a sua vocação para reter os ocupantes, os cargos públicos são classificados em:

1) cargo efetivo ou de provimento efetivo: é aquele vocacionado a ser preenchido em caráter definitivo, predisposto a gerar estabilidade no serviço público daqueles que o ocupam, que se traduz no direito de não ser demitido do serviço público, salvo ser incidir em falta funcional grave, apurada em processo judicial ou processo administrativo em que lhe seja assegurada a ampla defesa ou em consequência de avaliação periódica de desempenho, desde que igualmente lhe seja assegurada a ampla defesa. Os cargos efetivos são providos por concurso público de provas e títulos.

2) cargo vitalício ou de provimento vitalício: é, tal como o cargo efetivo, caracterizado por sua vocação para receber ocupante que nele permanecerá em definitivo. A diferença entre o cargo efetivo e o vitalício está em que o titular do cargo vitalício, uma vez vitaliciado, dele só poderá ser desligado mediante processo judicial. O vitaliciamento dar-se-á após dois anos de exercício em cargo da Magistratura (art. 95, I, da CF) ou de membro do Ministério Público (art. 128, §5º, I, “a”, da CF), que devem ser providos mediante prévia aprovação em concurso público de provas e títulos. Nos demais casos constitucionalmente previstos a vitaliciedade adquire-se imediatamente após posse, são eles: Magistrado de Tribunal ou para o cargo de Ministro do Tribunal de Contas.

provisório, mas sempre estanque, não admitindo promoção ou acesso de um para o outro. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42 ed. atualizada até a Emenda Constitucional n.º 90, de 15.9.2015, São Paulo: Malheiros, 2016, p. 525.)

⁶⁸ Id.

⁶⁹ Id.

3) cargo em comissão ou de provimento em comissão: é aquele que dispensa concurso público para ser provido e destina-se exclusivamente às atribuições de direção, chefia e assessoramento. É predisposto a ser preenchido por um ocupante transitório da confiança da autoridade que o nomeou, e que nele permanecerá enquanto dela gozar.

Diante dessa classificação, pode-se concluir que o cargo em comissão é uma espécie de cargo público isolado de provimento provisório, que dispensa concurso público para ser provido e cujo titular pode ser livremente nomeado e exonerado pela autoridade nomeante. Sobre o estudo dos cargos em comissão, dedica-se o próximo capítulo deste trabalho.

4.2 O provimento de cargos públicos

Provimento diz respeito a ocupação dos cargos públicos que se encontram vagos e que, por necessidade do órgão público ao qual pertencem, precisam ser preenchidos.

O art. 8º da Lei n.º 8.112/90 enumera as formas de provimento: nomeação, promoção, readaptação, reversão, aproveitamento, reintegração e recondução. Cada forma de provimento deve ser adotada consoante a natureza do cargo a ser ocupado e a situação da pessoa a ser nele investida em relação ao Poder Público. Por exemplo, o provimento de cargo efetivo depende da prévia aprovação do candidato em concurso público; o cargo em comissão pode ser provido por servidor do quadro permanente ou por pessoa sem qualquer vínculo anterior com a Administração; o cargo de classe superior na carreira somente pode ser provido mediante promoção de titular de cargo efetivo da respectiva carreira, etc.

Primeiramente, cumpre assinalar que a doutrina diverge quanto à natureza do provimento. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, provimento é o ato de designação de uma pessoa para titularizar um cargo público.⁷⁰ Na mesma linha, Maria Mazagão define provimento como “o ato administrativo pelo qual se designa titular ao

⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed. rev. atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 313.

cargo público”.⁷¹ Para Hely Lopes Meirelles “provimento é o ato pelo qual se efetua o preenchimento do cargo público, com a designação de seu titular”.⁷²

José Afonso da Silva, por sua vez, ensina que provimento é procedimento mediante o qual se atribui cargo público a um titular.⁷³

Márcio Cammarosano também considera provimento como “preenchimento” de cargo público. Porém, alerta que não faz uso dessa palavra para denotar um ato ou procedimento administrativo, pois o preenchimento de um cargo resulta por força de um ato administrativo que pode até culminar uma série encadeada de atos, mas não se confunde com o ato ou o procedimento que lhe dá causa. Explica, o autor, que a portaria ou decreto de nomeação é ato de provimento, mas não é provimento. Este se verifica por força do ato administrativo consubstanciado no decreto de nomeação, mas não é o próprio ato, nem se confunde com o procedimento administrativo que o tenha precedido.⁷⁴

Na mesma linha, José dos Santos Carvalho Filho afirma que o provimento se caracteriza como fato administrativo, ou seja, um evento que consiste no preenchimento de um cargo vago. Nas palavras do autor, prover significa preencher o que está vago.⁷⁵

Em síntese, entende-se por provimento o próprio preenchimento do cargo público.

Convém lembrar, contudo, que provimento não se confunde com investidura, que é aquisição por alguém da titularidade de um cargo. Os dois ocorrem ao mesmo, mas o provimento se refere ao cargo e a investidura à pessoa. Nas palavras de Márcio Cammarosano, “o cargo é provido, alguém é investido. A distinção

⁷¹ MAZAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 385. No mesmo sentido: André Ramos Tavares (*Curso de direito constitucional*, 2. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 973).

⁷² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho, 42ª ed., atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 530.

⁷³ SILVA, José Afonso. *Os servidores públicos municipais*. RPD 20/315. apud CAMMAROSANO, Márcio. *Do provimento de cargos públicos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 24.

⁷⁴ CAMMAROSANO, Márcio. *Provimento de cargos públicos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 24-25.

⁷⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22ª ed. rev. ampl. e atualizada até 10/07/2009, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 587-588.

decorre, portanto, do ângulo de observação: se tenho em vista o cargo, refiro-me ao provimento; se a pessoa, refiro-me à investidura”.⁷⁶

A doutrina classifica as formas de provimento em provimento autônomo (inicial ou originário) e provimentos derivados (de derivação vertical, derivação horizontal e derivação por reingresso).

Provimento autônomo, inicial ou originário é aquele que independe da preexistência de qualquer relação jurídico-funcional entre a pessoa investida e o Estado.⁷⁷ A única forma de provimento originário é a nomeação. A nomeação pode ser para cargo isolado ou inicial de carreira, podendo recair sobre alguém que não mantenha vínculo funcional algum com a entidade que o admite, ou mesmo sobre alguém que, já sendo servidor da mesma entidade, venha a ser nomeado para cargo, isolado ou inicial de carreira, de natureza distinta daquele até então titularizado. É o que ocorre, por exemplo, com o titular do cargo efetivo de agente administrativo que, após aprovação em novo concurso público para cargo inicial da carreira de Procurador do Município, é nomeado para o cargo de procurador municipal. Outro exemplo, é a nomeação de servidor de cargo efetivo para cargo em comissão.

O provimento por nomeação é da alçada do Chefe do Executivo, para os cargos da Administração Central, e se faz por decreto (art. 84, XXV, da Constituição Federal). Entretanto, tal competência é delegável aos Ministros (parágrafo único do mesmo artigo), hipótese na qual será por eles efetuada mediante portaria. Há alguns cargos estranhos ao Executivo que, por expressa previsão constitucional, também são providos pelo Chefe do Executivo. Isso sucede com cargos de Magistrados de Tribunais e de Ministros (Conselheiros) do Tribunal de Contas. Já, os cargos de juiz singular e dos serviços auxiliares do Judiciário são providos pelos Presidentes dos Tribunais a cuja órbita estejam afetos (art. 96, I, “c” e “e”). Os cargos dos serviços auxiliares da Câmara ou do Senado são providos pelos Presidentes da Câmara ou do Senado, conforme se liguem a uma ou outra destas Casas (art. 51, IV, e 52, XIII).⁷⁸

⁷⁶ CAMMAROSANO, Márcio. *Provimento de cargos públicos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 25-26.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 65.

⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed. rev. atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 314.

Provimentos derivados são aqueles que derivam de uma relação que depende da existência de um vínculo jurídico-funcional anterior. Isto é, são aqueles que se relacionam com o fato de o servidor ter ou haver tido algum vínculo anterior com cargo público. Márcio Cammarosano ensina que:

O provimento derivado, ou a investidura subsequente, não comporta, por definição, concurso público, o que não obsta, e em certos casos até reclama, a realização de concurso interno entre os funcionários que aspiram, igualmente, ascender ao mesmo cargo.⁷⁹

O provimento derivado pode ser vertical, horizontal ou por reingresso. Provimento derivado vertical é aquele em o servidor é guindado para cargo mais elevado dentro da própria carreira e efetua-se por meio da promoção. Provimento derivado horizontal é aquele em o servidor não ascende, nem é rebaixado em sua posição funcional. O único provimento derivado horizontal é a readaptação. Provimento derivado por reingresso é aquele em que o servidor retorna ao serviço ativo do qual estava desligado. Compreende as seguintes modalidades: a reversão, o aproveitamento, a reintegração e a recondução.⁸⁰

Após análise do conceito e das diferentes formas de provimento dos cargos públicos, avança-se para o estudo da sistemática adotada pela Constituição Federal nessa matéria.

4.3 A obrigatoriedade do concurso público para investidura em cargos e empregos públicos na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal adotou, como regra, a obrigatoriedade da prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos para o provimento e investidura de cargos públicos, dispensando-o somente nas hipóteses excepcionais expressamente previstas no próprio texto constitucional, que serão analisadas nesse tópico do trabalho.

⁷⁹ CAMMAROSANO, Márcio. *Provimento de cargos públicos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 84.

⁸⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed. rev. atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 315-316.

O caput do artigo 37, da Constituição, bem como seu inciso II, prescrevem:

A administração pública direta e indireta e qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também ao seguinte:

[...]

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; [...]

Desta forma, considerando que a investidura em cargo ou emprego público tem como condição a aprovação em concurso público, necessária se faz a análise do conceito de concurso público.

José dos Santos Carvalho Filho ensina que concurso público é “o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas”.⁸¹

Para Hely Lopes Meirelles o concurso público é:

[...] o meio técnico posto à disposição da administração pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo propiciar igual oportunidade a todos interessados que atendam aos requisitos da lei fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou do emprego, consoante determina o art. 37, II, CF.⁸²

Entretanto, para os fins deste trabalho, prefere-se adotar o conceito de concurso público apresentado por Adilson Abreu Dallari, segundo o qual:

Concurso público é um procedimento administrativo, aberto a todo e qualquer interessado que preencha os requisitos estabelecidos em lei, destinado à seleção de pessoal, mediante a aferição do conhecimento, da aptidão e da experiência dos candidatos, por critérios objetivos, previamente estabelecidos no edital de abertura, de maneira a possibilitar uma classificação de todos os aprovados.⁸³

⁸¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22ª ed. rev. ampl. e atualizada até 10/07/2009, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 596.

⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho, 42ª ed., atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 542.

⁸³ DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 36.

A partir da análise do seu conceito, pode-se concluir que o concurso público possui duas ideias fundamentais, quais sejam: a acessibilidade a todos e a necessidade do preenchimento de requisitos por parte daqueles que o almejam.

Neste sentido Mário Masagão leciona que:

Dois princípios informam este preceito: 1) sendo o Estado a organização política da sociedade, todos os membros desta, como regra, podem aspirar e colaborar nele; 2) requerendo o serviço do Estado determinada capacidade, não podem prestá-lo os que dela careçam.⁸⁴

Porém, inobstante a ampla acessibilidade a cargos e empregos públicos, o que se pretende, por meio do concurso público, é que tais cargos e empregos sejam preenchidos por candidatos capazes de executar suas funções, consagrando-se tanto a impessoalidade nos critérios de escolha como também a garantia de que a administração pública obedeça a eficiência e a moralidade. Nota-se, assim, que o concurso público consagra os princípios da ampla acessibilidade de todos aos cargos públicos, bem como o princípio da concorrência, pois somente os mais capacitados terão direito às vagas existentes, conforme critérios previamente estabelecidos em lei.

4.3.1 A abrangência da exigibilidade do concurso público

Depois de esclarecido o conceito de concurso público, é preciso delimitar o seu campo de abrangência para que se possa identificar as excepcionalidades que autorizam a sua dispensa, dentre as quais estão os cargos em comissão. Diante disso, indaga-se: qual é a abrangência da exigibilidade do concurso público? Quem são os entes obrigados à promoção do certame para admissão de candidatos aos seus quadros?

Mais uma vez deve-se recorrer à Constituição Federal em seu artigo 37, caput e inciso II:

⁸⁴ MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 188.

A administração pública direta e indireta e qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também ao seguinte:

[...]

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (grifo nosso)

Da leitura dos dispositivos constitucionais supratranscritos, extrai-se que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deve pautar-se pelos princípios administrativos (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) e pela obrigatoriedade da realização de concurso público de provas ou de provas e títulos para o provimento de cargos ou empregos públicos, ressalvadas as hipóteses excepcionais taxativamente previstas na Constituição.

A violação à regra geral, seja pela ausência ou presença viciada de concurso público, contamina qualquer ato de investidura de inconstitucionalidade, o que ocasionará a invalidação da relação jurídica surgida entre a Administração Direta ou Indireta e o ocupante de cargo ou emprego, tendo em vista as irregularidades na sua formação. Exige-se o concurso público como procedimento administrativo válido, para se evitar práticas de nepotismo, fisiologismo e desvios de moralidade administrativa.

Impõe-se ressaltar que a regra em questão não alcança somente todo e qualquer candidato que almeje a investidura em cargo ou emprego público, mas até mesmo o servidor que já possua vínculo com a Administração Pública de qualquer dos Poderes, conforme já se manifestou o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 231 e 837:

Esta Corte, a partir do julgamento da ADIN 231, firmou o entendimento de que são inconstitucionais as formas de provimento derivado representadas pela ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos.⁸⁵

⁸⁵ ADI 837, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. 27.08.1998, DJ 25.06.1999, p. 2, Ementário 1956-01, p. 40.

Tal entendimento foi reforçado pela Súmula 685, editada pelo próprio STF:

É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

Não há dúvidas, portanto, quanto ao dever de obediência ao comando contido no art. 37, inciso II, da Constituição Federal. Porém, para a compreensão exata do alcance desta determinação constitucional, é preciso saber quais são os órgãos e entidades que estão englobados dentro do conceito de Administração Pública e que, por conseguinte, estão obrigados à realização de concurso público para admissão de pessoal.

A Administração direta é composta pelos órgãos centrais das pessoas de direito público interno (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), no âmbito dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário, embora o último não esteja presente nos Municípios) e suas repartições.

Por outro lado, a Administração indireta inclui as pessoas jurídicas criadas pela administração central para auxiliarem na consecução de seus encargos e fins, quais sejam: as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Saliente-se que, as serventias notariais, inobstante não sejam consideradas parte da administração indireta, prestam serviços públicos em caráter privado e devem ser preenchidas mediante concurso público de provas e títulos, por expressa determinação constitucional prevista no art. 236, §3º, que assim dispõe:

O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

No tocante aos consórcios públicos, convênios de cooperação e gestão associada de serviços públicos, a Lei Maior determina:

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.

Nota-se que a Carta da República indica a possibilidade de colocação de agentes de uma pessoa política à disposição desses organismos, mediante simples cessão de pessoal. Contudo, a disponibilização de pessoal está condicionada ao tempo em que durar o ajuste, não indicando que o pessoal cedido seja incorporado definitivamente à entidade prestadora do serviço, tendo em vista a exigência de concurso público, bem como o caráter temporário destes ajustes.

Outra situação digna de nota, é com relação a admissão de pessoal pelas entidades da sociedade civil de fins públicos e sem fins lucrativos, integrantes do chamado terceiro setor⁸⁶ e que são consideradas entidades paralelas ao Estado, ou paraestatais, pois atuam ao lado deste em seus objetivos (ex. Serviços Sociais Autônomos, Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e entidades de apoio como as fundações, associações e cooperativas). Essas entidades não integram o aparelho administrativo do Estado e, logo, não pertencem à Administração direta ou indireta. Destarte, não precisam observar as regras atinentes aos procedimentos administrativos como concursos públicos ou licitações, sujeitando-se ao controle da Administração Pública e do Tribunal de Contas, quando receptoras de repasses de verbas públicas.

4.3.2 Das exceções ao concurso público

Como exceções à regra de ingresso no serviço público, a Constituição Federal de 1988 prevê situações excepcionais que dispensam o concurso público, que podem ser assim arroladas:

- 1) provimento de cargos em comissão;
- 2) designação para o exercício de função de confiança;

⁸⁶ Terceiro setor é uma terminologia adotada pelos teóricos da Reforma do Estado, entendido como aquele que é composto por entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos, que coexiste com o primeiro setor, que é o Estado, e o segundo setor, que é o mercado.

- 3) hipótese na qual a imposição do certame implicaria inviabilizar a atuação das empresas exploradoras de atividade econômica;
- 4) nomeação de Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União, bem como de Desembargadores nos Tribunais de segunda instância;
- 5) contratação de servidores temporários para atender necessidade de excepcional interesse público, com base no art. 37, IX, da Constituição.
- 6) aproveitamento no serviço público de ex-combatentes que hajam participado efetivamente de operações bélicas na II Guerra Mundial (art. 53, I, do ADCT);
- 7) Defensores públicos – opção pela carreira (art. 22 do ADCT);
- 8) servidores públicos em exercício, há pelo menos cinco anos, em 05.10.1988 (art. 19 do ADCT).

Os cargos de provimento em comissão serão analisados, pormenorizadamente, nos próximos capítulos deste trabalho, mas pode-se, desde já, dizer que estão previstos no art. 37, incisos II e V, da Constituição Federal, como aqueles em de livre nomeação e exoneração e que se destinam apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento, devendo ser preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei.

As funções de confiança, apesar de serem dispensadas do concurso público, somente podem ser exercidas por servidores efetivos, nos termos do art. 37, V, Constituição.

No tocante às empresas estatais, a regra geral também é a obrigatoriedade do concurso público para admissão de pessoal, posto que as normas sobre acessibilidade aos cargos e empregos públicos são impositivas para todo o universo da Administração, sociedades de economia mista e empresas públicas.

Entretanto, com relação às pessoas estatais constituídas para exploração de atividade econômica, é necessário contemporizar a exigência do concurso público com o disposto no art. 173, §1º, da Constituição Federal, a fim de permitir que contratem diretamente seus empregados quando a adoção do concurso público

tolheria a possibilidade de atraírem profissionais especializados com alta cooptação pelo mercado ou nos casos em que o recurso a tal procedimento bloquearia o desenvolvimento de suas normais atividades no setor.⁸⁷ Nessas duas situações, justifica-se a dispensa do concurso público, a primeira porque tais profissionais não se sujeitariam a prestar concurso público para exercer suas atividades em uma estatal e, a segunda, porque não teria lógica a Constituição Federal obrigar as pessoas estatais a realizarem concursos públicos nas situações em que a adoção desse procedimento prejudicaria a operabilidade da estatal. Tal fato entraria em choque com o interesse coletivo, que restaria prejudicado.

Outros cargos para os quais não se exige concurso público, são os cargos vitalícios de membros dos Tribunais de Contas (art. 73, §2º, e art. 75 da CF), do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e membros de Tribunais de segunda instância (art. 84, incisos XIV, XV, XVI, da CF).

Dispensa-se o concurso público também para a contratação temporária de excepcional interesse público (art. 37, inciso IX), que somente pode ser utilizada nos casos de atendimento a necessidades ou ocasiões que denotem contingências excepcionais, transitórias e anormais. Diante dessas situações dispensa-se concurso, mas a contratação deve ser feita por outro modo que se harmonize com os princípios gerais da Administração Pública. Tais contratações devem estar pautadas pelo critério da indispensabilidade, conforme estabelecido em lei de cada ente federativo. Contudo, nos casos em que a necessidade do serviço é permanente, não pode haver contratação temporária, pois o caso será de nomeação de aprovados regularmente em concurso público de provas e títulos que estejam, eventualmente, aguardando serem convocados a assumir seus cargos.⁸⁸

O caso dos ex-combatentes que atuaram efetivamente em operações bélicas durante a 2ª Guerra Mundial (art. 53, inciso I, do ADCT), constitui ressalva à exigibilidade de prévia aprovação em concurso público, pois tem assegurados os direitos de aproveitamento no serviço público, sem a exigência de concurso, com

⁸⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. rev. atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 288.

⁸⁸ Nesse sentido decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJ-MG, AC 10433093106915001 MG, Relatora Des. Ana Paula Caixeta, Órgão Julgador 4ª Câmara Cível, Julgamento: 8.05.2014, Publicação: 13.05.2014).

estabilidade. Tal situação já era prevista na Constituição de 1967 (art. 178, alínea “b”), a qual foi mantida em nossa Constituição Cidadã.

O Constituinte impôs obrigação ao Estado em organizar a Defensoria Pública, atribuindo o *status* de instituição essencial à administração da justiça. O art. 22 do ADCT possibilitou a opção para a nova carreira quanto aos que já exerciam a função de defensor público, no momento da instalação da Assembleia Nacional Constituinte, independentemente da forma da investidura originária.

Por fim, o art. 19 do ADCT prevê a excepcional estabilização no serviço público daqueles que, embora não tenham se submetido a concurso, encontravam-se no exercício de cargo público há pelo menos cinco anos continuados, na data da sua promulgação. Não foram abrangidos pela regra transição os ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão (§2º do art. 19, do ADCT).

5 DOS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO

Os cargos de provimento em comissão, de que são sinônimos cargos em comissão e cargos de confiança, tem previsão constitucional no artigo 37, incisos II e V, da Constituição Federal.⁸⁹ Ocorre que, ao lado desses cargos, também estão previstas na Lei Maior as funções de confiança. Ambos se destinam exclusivamente às atribuições de direção, chefia e assessoramento (art. 37, V, da CF), mas possuem natureza e regime jurídico distintos. Desse modo, objetiva-se, nesse capítulo, compreender a natureza e finalidade dos cargos em comissão, distinguindo-os das funções de confiança, com vistas a identificar o regime jurídico aplicável.

5.1 A natureza e o conceito de cargos em comissão

O art. 37, IV, da Constituição Federal, estabelece que as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Nota-se pela leitura do dispositivo constitucional supracitado, que a Constituição Federal de 1988 proíbe expressamente a criação de cargos de provimento em comissão para o exercício de atribuições que não sejam de direção, chefia e assessoramento. Essas restrições não constavam na Carta Constitucional anterior.

Todavia, se de um lado a Carta de 1988 estabeleceu expressamente restrições a cargos de provimento em comissão não contempladas no texto da

⁸⁹ Conforme José Cretella Júnior: “Comissão”, empregado na expressão técnica é vocábulo empregado na expressão “cargos em comissão”, designando, o conjunto, cargo isolado que a lei manda prover livremente, considerando seu ocupante demissível ad nutum. Trata-se de expressão elíptica, correspondente à expressão plena “cargo em comissão”, atributo esse –“em comissão”-, que não se refere à continuidade ou precariedade do cargo, já que os cargos públicos são todos permanentes, regra geral, até que sejam extintos.[...] Precária, pois, é a nomeação, o provimento. Não o cargo. (CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. p. 2179)

Constituição anterior, de outro removeu o impedimento a criação de tais cargos nos serviços auxiliares do Legislativo e do Judiciário.

Conforme Márcio Cammarosano, na ordem constitucional anterior a 5 de outubro de 1988, era proibido ao Judiciário e ao Legislativo admitir servidores sem concurso público (art. 108, §2º, da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda n.º 01/69), razão pela qual proibida estava a existência de cargos de provimento em comissão, salvo se a lei dispusesse que só poderiam ser providos por quem já fosse funcionário desses poderes.⁹⁰

Na verdade, a previsão constitucional dos cargos em comissão está intrinsicamente relacionada com o regime democrático e republicano de governo, caracterizado substancialmente pela eleição dos governantes para exercício de mandatos temporários.

No Brasil, todo candidato a cargo eletivo de Chefe do Poder Executivo, de qualquer esfera de governo (União, Estados e Municípios), deve apresentar para o registro de sua candidatura as propostas defendidas, ou seja, o plano de governo que pretende implementar se eleito for para o exercício do mandato político (art. 11, §1º, IX, da Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997). Essa exigência é, sem dúvida, uma importante ferramenta para a democracia, pois permiti ao eleitor conhecer as ideias e pretensões dos candidatos nas disputas eleitorais.

Os planos de governo se legitimam democraticamente por meio das discussões nas campanhas eleitorais e ao final pela aprovação dos votos da maioria dos cidadãos através das eleições periódicas.

A autoridade eleita deve envidar todos os esforços para implementar os compromissos assumidos nesse documento aceito na eleição pela sociedade, pois responde politicamente por sua atuação e pela temporariedade de seu mandato. Para tanto, é imprescindível que conte com o auxílio, em postos estratégicos da estrutura administrativa, de agentes públicos de sua confiança e que sejam devotos do programa de governo que deverá ser posto em prática. Todavia, esse compromisso não se pode exigir dos servidores públicos efetivos, selecionados pelo sistema de

⁹⁰ CAMMAROSANO, Márcio. *Cargos em Comissão – Breves Considerações quanto aos limites à sua criação. Interesse Público- IP* Belo Horizonte, n. 38, ano 8 de Julho/Agosto 2006, Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49047>. Acesso em: 17 mar. 2015.

mérito mediante concurso público. Surge daí a necessidade dos cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, que possam ser providos por pessoas de confiança da autoridade nomeante, que compartilhem da mesma visão política e estejam engajadas em cumprir as metas e diretrizes fixadas pelos dirigentes da entidade a que servem.

É imperioso frisar que desde 1984, ou seja, bem antes do advento da Carta de 1988, Márcio Cammarosano já sustentava que:

A Constituição ao admitir que o legislador ordinário crie cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, o faz com a finalidade de propiciar ao chefe de governo o seu real controle mediante o concurso, para o exercício de certas funções, de pessoas de sua absoluta confiança, afinadas com as diretrizes políticas que devem pautar a atividade governamental”.⁹¹

Recentemente, o autor, ao tratar novamente do tema, enfatizou a relação indissociável dos cargos em comissão com a forma republicana e democrática de governo, nos seguintes termos:

[...] a previsão constitucional de cargos de provimento em comissão é indissociável da forma republicana de governo, da concepção de democracia, caracterizadas fundamentalmente pela eletividade dos governantes, que respondem também politicamente por sua atuação, e pela temporariedade dos mandatos. E os governantes, exercentes de mandatos outorgados pelo povo, de elevadas responsabilidades, não podem, no que concerne a decisões substancialmente políticas inerentes ao exercício de algumas de suas competências, ficar reféns da burocracia estável, correr o risco de serem por ela capturados. A burocracia estável, profissional, cujos integrantes são recrutados pelo sistema de mérito, mediante concurso público, é sem dúvida, uma inestimável conquista do Estado Moderno, indispensável à sua atuação impessoal, respeitosa ao ordenamento jurídico. Todavia, como observa Bobbio, é politicamente irresponsável, razão pela qual não podem os dirigentes políticos ficar dependentes da burocracia estável sob pena de restar obstaculizada a relação de responsabilidade que deve existir entre eleitores e eleitos”⁹².

⁹¹ CAMMAROSANO, Márcio. *Provimento de cargos públicos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 95.

⁹² CAMMAROSANO, Márcio. Cargos em comissão: algumas reflexões em face de limites constitucionais e da orientação do STF. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes *et al.* (Coord.). *O Direito Administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 360.

Manuel Gonçalves Ferreira Filho também ressalta a essencialidade dos cargos em comissão para a democracia:

Tais cargos, ditos também de confiança, são aqueles pelos quais se transmitem as diretrizes políticas, para a execução administrativa, devendo os seus titulares levar adiante essas linhas de ação, precisá-las em instruções se for o caso e fiscalizar a sua fiel execução. Conforme é de bom senso, essas funções não serão bem exercidas por quem não estiver convencido do seu acerto, não partilhar da mesma visão política. É, pois, essencial para a democracia, na qual a linha política deve em última análise contar com o beneplácito do povo, que certos postos-chaves na administração sejam ocupados por servidores devotados ao programa posto em prática pelas autoridades eleitas. Por isso, todo cargo em comissão é de livre nomeação e exoneração, prescindindo, obviamente, de concurso para o seu preenchimento.⁹³

Para Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, “o cargo em comissão, em suma, deve ser aquele cujo titular ali esteja com finalidade de incrementar as metas e as prioridades fixadas pelo agente político superior”.⁹⁴

Com efeito, o concurso público é o melhor instrumento de recrutamento pelo sistema de mérito, de garantia de igualdade no acesso aos cargos públicos e, por conseguinte, de uma atuação impessoal do Estado pautada pelo ordenamento jurídico. Justamente por isso que a Constituição da República de 1988 o erigiu a princípio constitucional de acesso aos cargos e empregos públicos (art. 37, inciso II). No entanto, ao mesmo tempo, não desconhecia o constituinte que o quadro de pessoal da administração pública guarda relação de instrumentalidade com a concretização das políticas públicas, que são funções próprias a essa estrutura de poder e atribuídas constitucionalmente ao sistema decisório juspolítico.

Em outras palavras, significa dizer que a realização de políticas públicas decorre da materialização de decisões juspolíticas, que depende não só do exercício ordinário da função administrativa, mas também da atuação do Governo. O atuar do poder-Administração também demanda a presença de agentes de confiança dos dirigentes superiores, seja pelo que podem representar de instrumental ao bom

⁹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. – São Paulo: Saraiva, 1990 – Conteúdo: v. 1. Arts. 1º a 43. p. 247.

⁹⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*// Luiz Alberto David Araujo, Vidal Serrano Nunes Júnior. 18 ed. rev., atual. até a EC 76 de 28 de novembro de 2013. São Paulo: Verbatim, 2014, p. 428.

desempenho de suas funções, seja porque são necessários à indispensável interlocução entre a instância política de governo e o corpo técnico e operacional competente à execução das referidas decisões. Por essas razões, que o texto constitucional contempla a figura dos cargos em comissão (art. 37, II), de livre nomeação e exoneração pela autoridade nomeante, excluindo-os do requisito do concurso público.⁹⁵

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua os cargos em comissão como sendo aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenche-los com liberdade, a qual pode exonerar ad nutum, isto é, livremente, quem os esteja titularizando.⁹⁶

No mesmo diapasão, Odete Medauar ensina que cargo em comissão é aquele preenchido com pressuposto de temporariedade. Com a mesma facilidade com que é nomeado o titular de cargo em comissão, ele o perde, sem garantia alguma, pois é de livre nomeação e exoneração, razão pela qual seus ocupantes são exoneráveis “ad nutum” (expressão que significa literalmente “um movimento de cabeça”). Ou seja, o titular do cargo em comissão nele permanece enquanto subsistir o vínculo de confiança.⁹⁷

Diferente não é a posição de Hely Lopes Meirelles, que simplesmente afirma que cargo em comissão é o que só admite provimento em caráter provisório e que são declarados em lei de livre nomeação (sem concurso) e exoneração, destinando-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.⁹⁸

Ao tratar do tema, Regis Fernandes de Oliveira assevera que o sentido literal de “comissão” pode ser expresso como um encargo ou incumbência temporária oferecido pelo comitente. Nesse sentido, afirma o autor, cargo em comissão pode ser cargo isolado ou permanente, criado por lei, de ocupação transitória e livremente

⁹⁵ VALLE, Vanice Lírio do. Cargos em comissão, seu caráter instrumental à boa administração e os respectivos limites constitucionais. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 7, n. 81, nov. 2007. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=48352>>. Acesso em: 20 de set. 2016.

⁹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed. rev. atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 309-310.

⁹⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 309-310.

⁹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho, 42ª ed., atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 525.

preenchido pelo Chefe do Executivo, segundo seu exclusivo critério de confiança. Transitória, portanto, é a permanência do servidor escolhido, não o cargo que é criado por lei.⁹⁹

É patente, portanto, que o elemento “confiança” é uma das principais características para o provimento e exercício do cargo comissionado. No entanto, não é qualquer relação de confiança, como parentesco ou amizade, que pode ser levada a efeito para fins de provimento de um cargo em comissão.

A atuação do administrador público é pautada, dentre outros, pelos princípios da impessoalidade, razoabilidade, proporcionalidade e da moralidade administrativa. É justamente em virtude da incidência direta desses princípios constitucionais no provimento dos cargos em comissão, que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n.º 13, proibindo que sejam nomeados para esses cargos ou designados para funções de confiança o cônjuge, companheiro e parentes da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento. Trata-se da vedação ao nepotismo, tema que é objeto de tópico específico deste trabalho.

Carmen Lúcia Antunes Rocha explica que a confiança que se há de exigir daquele que será investido no cargo em comissão deve ser considerada em relação às condições de qualificação pessoal e à vinculação do agente escolhido com a função a ser desempenhada. Enfatiza, a autora, que não se pode considerar de confiança pessoal condições personalíssimas do agente eleito, como parentesco etc., pois tanto caracterizaria mero nepotismo, proibido constitucional e infraconstitucionalmente, o que vem sendo cumprido, aliás, com rigor pelo Poder Judiciário.¹⁰⁰

Márcio Cammarosano, por sua vez, ensina que cargos em comissão são apenas aqueles que, dada a natureza das atribuições a serem exercidas por seus ocupantes, justificam exigir deles não apenas o dever elementar de lealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servem, comum a todos os servidores, mas também comprometimento político, disposição de fidelidade às

⁹⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Servidores públicos*. 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 38.

¹⁰⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 173.

diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos.¹⁰¹ Sustenta, o autor, que esses cargos se prestam à instrumentalização de decisões políticas a serem espraiadas por toda administração pública, a servir de suporte ao exercício de funções de natureza política por excelência. Essas atribuições só podem ser adequadamente exercidas por pessoa de especial confiança, afinadas com as diretrizes fixadas pelos dirigentes e agentes políticos da entidade a que servem, e que constituem expressão da orientação governamental ou política da pessoa jurídica de direito público, com capacidade política, que a tenha criado. Isso porque, enfatiza Márcio Cammarosano, é impossível a agentes políticos e autoridades de elevada hierarquia cuidarem, elas mesmas, e diretamente, de fazer chegar a todos os órgãos e a todos servidores diretrizes de governo inconfundíveis com o que naturalmente se espera de cada agente público subalterno enquanto habilitado profissional e funcionalmente para o escorreito exercício das atribuições inerentes aos postos de trabalho que ocupam.¹⁰²

Na mesma esteira, são as lições de Ivan Barbosa Rigolin:

Esses cargos em comissão exigem habilidades especiais dos seus ocupantes, que não estão ao dispor de qualquer funcionário de carreira, pois grande parte da representatividade política de autoridade nomeadora eles detêm, e precisarão, em maior ou menor grau, representar em seu âmbito aquela autoridade, decidir por ela, monitorar, orientar, organizar, assessorar, como uma longa manus do nomeador.¹⁰³

Destarte, pode-se dizer que os cargos de provimento em comissão são apenas aqueles declarados em lei de livre nomeação e exoneração, com atribuições de direção, chefia ou assessoramento, que se prestam à realização das ações necessárias à instrumentalização de decisões políticas no âmbito da administração, a fim de que os órgãos competentes executem as ações de governo de acordo com as metas e diretrizes fixadas pelo agente político e dirigentes superiores da entidade a que se vinculam. Por essas razões, são cargos vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoas de confiança da autoridade competente para

¹⁰¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Direito administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 188-189.

¹⁰² CAMMAROSANO, Márcio. Cargos em comissão: algumas reflexões em face de limites constitucionais e da orientação do STF. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes *et al.* (Coord.). *O Direito Administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 360

¹⁰³ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao regime único dos servidores públicos civis*. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 40.

preenche-los, devotas ao plano de governo que deverá ser posto em prática e afinadas com as diretrizes e metas fixadas pela autoridade superior da entidade a que servem.

Fixado o conceito dos cargos em comissão, passa-se ao exame das distinções existentes entre estes e as funções de confiança.

5.2 Distinção entre cargos em comissão e funções de confiança

O art. 37, inciso V, da Carta da República estabelece que as funções de confiança e os cargos em comissão destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Diante disso, indaga-se: qual são as semelhanças e diferenças existentes entre funções de confiança e cargos em comissão?

Para responder a essa questão é necessário primeiramente conhecer o conceito de função de confiança, lembrando-se que o conceito de cargo em comissão já foi exposto no tópico precedente.

Consoante Celso Antônio Bandeira de Mello, as funções de confiança podem ser definidas como “plexos unitários de atribuições, criados por lei, correspondentes a encargos de direção, chefia ou assessoramento, a serem exercidos por titular de cargo efetivo, da confiança da autoridade que as preenche”.¹⁰⁴

Os cargos em comissão e as funções de confiança assemelham-se basicamente quanto ao seguinte: (a) restrição das atividades desempenhadas à direção, chefia e assessoramento; (b) existência de vínculo subjetivo de confiança; (c) instabilidade do vínculo; (d) submetem-se ao regime jurídico estatutário; e (e) constituem exceções à regra da investidura mediante concurso público.¹⁰⁵

Por outro lado, diferenciam-se porque a função de confiança só pode ser exercida por servidor que já for titular de cargo efetivo, enquanto o cargo em comissão pode ser titularizado por quem não pertence ao quadro de servidores permanentes,

¹⁰⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. rev. atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 260.

¹⁰⁵ MOTTA, Fabrício. Cargos, empregos e funções públicas. In: DI PIETRO, *Servidores públicos na Constituição Federal*/Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta, Luciano de Araújo Ferraz – 3. ed.- São Paulo: Atlas, 2015, p. 19-20).

respeitado, todavia, o percentual mínimo desses cargos a serem preenchidos obrigatoriamente por servidores de carreira nos casos e condições previstos em lei.

Para José Afonso da Silva, o tratamento diferenciado pela Constituição tem razão de ser porque os cargos em comissão, como qualquer outro cargo, têm previsão de remuneração própria, o que comporta o exercício por especialistas e técnicos alheios aos quadros administrativos. De outro lado, a justificativa para definir que devam ser exercidos por servidores de carreira está no fato de serem vinculados à especialidade de cada carreira profissional (Promotor, Procurador, Defensor Público, Médico, Engenheiro, etc.).¹⁰⁶

Contudo, como a Constituição utiliza-se de conceitos vagos ao tratar das funções de confiança e dos cargos em comissão, caberá à respectiva lei de criação integrar o comando constitucional, estando sujeita a controle jurisdicional posterior.¹⁰⁷ Isto é, caberá ao legislador ordinário a definição sobre se o agente de confiança deverá ser escolhido obrigatoriamente dentre servidores de carreira (funções de confiança), ou segundo a livre discricionariedade do administrador por agente de dentro ou de fora do quadro de servidores (que são cargos em comissão), desde que respeitado obviamente o percentual mínimo de que trata o art. 37, V, da Constituição. Ressalte-se que a questão relativa a existência ou não de restrição no provimento de cargos de direção ou chefia vinculados às carreiras técnicas será enfrentada no tópico relativo às atribuições dos cargos em comissão.

¹⁰⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª ed. rev. e atualizada até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013). São Paulo: Malheiros. p. 689.

¹⁰⁷ MOTTA, Fabrício. Cargos, empregos e funções públicas. In: DI PIETRO, *Servidores públicos na Constituição Federal*/Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta, Luciano de Araújo Ferraz – 3. ed.- São Paulo: Atlas, 2015, p. 20.

6 DO REGIME JURÍDICO DOS CARGOS EM COMISSÃO

O regime jurídico constitucional dos servidores públicos consiste no conjunto dos institutos normativos inscritos na Constituição do país relativos ao acesso aos cargos, empregos e funções públicas, ao ingresso no serviço público, à carreira, à remuneração e aposentadoria, entre outros itens.¹⁰⁸ Essas normas constitucionais, entretanto, não são homogêneas, apresentando diferenças, quer no tocante à eficácia, quer no que diz respeito à aplicabilidade a espécies de servidores, a níveis de governo e a órgãos do Poder Público¹⁰⁹. Por exemplo, existem garantias e direitos previstos para os servidores públicos na Carta da República que não se aplicam aos ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, tais como: estabilidade (art. 41), disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço (art. 41, §3º), aposentadoria pelo Regime Próprio de Previdência Social (art. 40), dentre outros.

O mesmo pode-se dizer em relação aos direitos e deveres dos servidores previstos em lei. O regime jurídico aplicável aos titulares de cargos em comissão é de natureza estatutária ou institucional, de índole não contratual, estabelecido pela legislação do ente federativo ao qual pertence (Estatuto dos Servidores Públicos).¹¹⁰ O Estatuto dos servidores públicos civis da União (Lei n.º 8.112/90) rege a vida funcional dos ocupantes de cargos efetivos e também dos comissionados, mas quantos a estes aplicam-se somente as disposições compatíveis com a precariedade inerente ao seu provimento.

Lúcia Valle Figueiredo ensina que:

Os direitos e deveres dos exercentes de cargos em comissão decorrem diretamente da Constituição. Se todos os trabalhadores, em geral, têm determinados direitos, como, por exemplo, a aposentadoria, não seria permitido que o ocupante de cargo em comissão permanecesse no cargo por muito tempo, ou seja, pelo necessário para implementar a aposentadoria, e não a conseguisse. Os direitos e vantagens dos estatutários, disciplinados no Título III da lá

¹⁰⁸ MAFRA FILHO, Francisco de Salles Almeida. *O servidor público e a reforma administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 25

¹⁰⁹ DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 18

¹¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. rev. atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 260.

mencionada Lei 8.112/90, vão necessariamente se aplicar. É claro que não na sua totalidade.¹¹¹

Feitas essas considerações, passa-se à análise dos direitos e deveres aplicáveis aos titulares de cargos em comissão previstos na Constituição e nas leis, adotando-se como parâmetro, na seara legal, a Lei 8.112/90 que dispõe sobre regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

6.1 Requisitos básicos de investidura

Com exceção do concurso público, a investidura no cargo em comissão deve atender os mesmos requisitos básicos para investidura em qualquer cargo público.

A regra fundamental de acesso a cargos públicos é a que figura no art. 37, I, da Constituição Federal, com a alteração introduzida pela Emenda Constitucional n.º 19/98. Reza o dispositivo que “cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei”. Como não há qualquer restrição quanto ao sentido do termo “brasileiros”, deve-se entender que são titulares do direito não apenas os brasileiros natos como os naturalizados.¹¹²

Com o advento da Emenda Constitucional n.º 19/98, o princípio da acessibilidade aos cargos públicos foi ampliado também aos estrangeiros, nos termos da lei.¹¹³ No entanto, o próprio dispositivo (art. 37, I) determina que o acesso aos estrangeiros, embora autorizado, dar-se-á na forma da lei. Trata-se, portanto, de norma constitucional de eficácia limitada, que depende de regulamentação para que possa ser aplicada. Caberá ao legislador ordinário definir os casos e condições nas quais será legítimo o acesso de estrangeiros aos cargos, empregos e funções

¹¹¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 580.

¹¹² Essa é a regra geral. A exceção está contemplada no art. 12, §3º, da CF, que enumerou alguns cargos privativos de brasileiro nato: Presidente e Vice-Presidente da República; Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; Ministro do STF; membros da carreira diplomática; oficial das Forças Armadas e Ministro de Estado da Defesa.

¹¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22ª ed. rev., ampl e atualizada até 10/07/2009, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 613-614.


públicas.¹¹⁴ Assim, enquanto não advir a lei regulamentadora, não é permitida a investidura de estrangeiros em cargos públicos no Brasil.

Nessa esteira, Alexandre de Moraes ensina que:

O acesso de estrangeiros aos cargos, empregos e funções públicas não ocorrerá imediatamente a partir da EC nº 19/98, por tratar-se de norma constitucional de eficácia limitada à edição de lei, que estabelecerá a necessária norma.¹¹⁵

Esse também é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal firmado na decisão assim ementada:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. CARGO PÚBLICO EFETIVO. PROVIMENTO POR ESTRANGEIRO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 243, § 6º, DA LEI 8.112/90 EM FACE DOS ARTIGOS 5º E 37, I, DA CONSTITUIÇÃO. PERÍODO ANTERIOR À EMENDA 19/1998. IMPROCEDÊNCIA. Até o advento das Emendas 11/1996 e 19/1998, o núcleo essencial dos direitos atribuídos aos estrangeiros, embora certamente compreendesse as prerrogativas necessárias ao resguardo da dignidade humana, não abrangia um direito à ocupação de cargos públicos efetivos na estrutura administrativa brasileira, consoante a redação primitiva do artigo 37, inciso I, da Lei Maior. Portanto, o art. 243, § 6º, da Lei 8.112/90 estava em consonância com a Lei Maior e permanece em vigor até que surja o diploma exigido pelo novo art. 37, I, da Constituição. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgR no RE 346180/RS – RIO GRANDE DO SUL; Relator: Ministro Joaquim Barbosa; Órgão Julgador: Segunda Turma; Julgamento: 14/06/2011, Publicação: 01/08/2011).

Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça seguiu a orientação do Supremo Tribunal Federal firmando o entendimento de que a garantia de acesso a cargos, empregos e funções públicas aos estrangeiros prevista no art. 37, I, da CF, com redação dada pela  EC 19/98, não é autoaplicável, porquanto tal norma constitucional tem eficácia limitada, necessitando de regulamentação por lei, o que ainda não ocorreu.¹¹⁶

¹¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22ª ed. rev., ampl e atualizada até 10/07/2009, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 614.

¹¹⁵ MORAES, Alexandre de. *Reforma Administrativa: Emenda Constitucional n.º 19/98*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1.999, p. 40.

¹¹⁶ MS 8883/DF, MANDADO DE SEGURANÇA 2003/0010301-6; Relator: Ministro Nefi Cordeiro; Órgão Julgador: Terceira Seção; Julgamento: 12/08/2015; Publicação: 21/08/2015.

Frisa-se que a competência legislativa para prescrever requisitos legais à investidura em cargo público é de cada ente político (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Mas à lei específica, de caráter local, é vedado dispensar condições estabelecidas em lei nacional, como, por exemplo, as exigidas pelas leis eleitorais e do serviço militar, ou para o exercício de determinadas profissões (CF, art. 22, XVI).¹¹⁷ Isto é, independente de previsão na lei local, a investidura em qualquer cargo público, inclusive de provimento em comissão, exige que a pessoa esteja devidamente alistada como eleitor e quite com suas obrigações eleitorais (art. 7º, §1º, I, da Lei 4.737, de 15 de Julho de 1965 – Código Eleitoral) e militares (art. 74, g, da Lei 4.375, de 17 de agosto de 1964).

A Lei Federal 8.112/90, que instituiu, no âmbito da União, o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, elencou os seguintes requisitos básicos à investidura em cargo público (art. 5º):

- I - a nacionalidade brasileira;
- II – o gozo dos direitos políticos;
- III - a quitação com as obrigações militares e eleitorais;
- IV - o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo;
- V - a idade mínima de dezoito anos;
- VI - aptidão física e mental.

Quanto ao requisito da idade mínima para investidura em cargo público, se a lei instituidora do cargo ou legislação local (especialmente o Estatuto dos Servidores Públicos) nada dispuser em contrário, esta será de 18 (dezoito) anos, conforme previsto no art. 5º, V, da Lei 8.112/90. Esse limite também se aplica aos cargos em comissão, pois o Código Civil de 2002 estabeleceu a maioridade aos 18 anos e a emancipação somente para o exercício de emprego público efetivo (art. 5º, III, da Lei n.º 10.406, de 10/01/2002).

¹¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª ed. atualizada até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 540.

Desse modo, não é possível a emancipação para o exercício de cargo em comissão. Ademais, somente aos 18 anos o cidadão adquire a imputabilidade penal, nos termos do art. 27 do Código Penal. Por essas razões, conclui-se que a idade mínima para a investidura em cargo em comissão é de 18 anos, salvo se a lei instituidora do cargo dispuser que essa idade deva ser superior em razão da natureza e complexidade das atribuições do cargo.

Outras questões polêmicas que envolvem a investidura no cargo em comissão estão relacionadas à aplicabilidade do limite etário para aposentadoria compulsória aos servidores ocupantes exclusivamente de cargo em comissão, assim como a possibilidade de o servidor aposentado compulsoriamente assumir cargos comissionados. Essa matéria é objeto inclusive do Recurso Extraordinário 786.540-RO, que teve a sua repercussão geral reconhecida, por unanimidade, pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, mas ainda está pendente de julgamento.

Antes de adentrar na análise dessa discussão, é oportuno salientar que pelo texto original da Constituição a aposentadoria compulsória implementava-se aos 70 anos de idade. Com a Emenda Constitucional n.º 88, de 07 de maio de 2015, que alterou a redação do inciso II, do §1º do art. 40 da Carta da República, essa idade passou para 70 ou 75 anos, na forma de lei complementar. Em 03 de dezembro de 2015, foi promulgada a Lei Complementar n.º 152, que fixou em 75 anos a idade para aposentadoria compulsória dos servidores titulares de cargo efetivo da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive dos membros do Poder Judiciário, Ministério Público, Defensorias Públicas e Tribunais e Conselhos de Contas (art. 2º).

Mas o crucial a saber é que a aposentadoria compulsória não se aplica aos ocupantes exclusivamente de cargos em comissão em razão do regime previdenciário a que estão vinculados. O regime previdenciário dos titulares de cargo em comissão será tratado mais adiante em tópico específico. Porém, para se compreender o afastamento do limite etário no que tange a tais cargos, faz-se necessário tecer algumas considerações a respeito do tema.

Os servidores ocupantes exclusivamente de cargos em comissão são filiados obrigatórios do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, nos termos do art. 40, §13, da Constituição, que assim dispõe:

Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro

cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.

Fato é que no regime geral de previdência não existe aposentadoria compulsória tal como no regime próprio, posto que nesse regime não há impedimento legal limitativo da idade para manutenção do vínculo laboral.¹¹⁸ Com relação a essa questão, Fabrício Motta ensina que:

Percebe-se, sem dificuldades, que os servidores exclusivamente de cargos comissionados filiam-se obrigatoriamente ao Regime Geral de Previdência Social, disciplinado nos arts. 201 e seguintes da Constituição, onde não há previsão de aposentadoria compulsória. A conjugação destas regras permite-nos informar que não há vedação para o exercício exclusivo de cargo comissionado por pessoa de idade igual ou superior a 70(setenta) anos, em razão de o instituto da aposentadoria compulsória somente ser aplicável ao regime de previdência dos servidores titulares de cargos efetivos.¹¹⁹

Nessa toada, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a regra constitucional que manda aposentar o servidor septuagenário (§ 1º, II) não se aplica aos servidores comissionados, posto que está encartada no artigo 40 da Constituição, que expressamente se destina a disciplinar o regime jurídico dos servidores efetivos, providos em seus cargos por concurso público. Os servidores comissionados, mesmo no período anterior à Emenda Constitucional n.º 20/98, não se submetiam à regra da aposentadoria compulsória. O § 2º do art. 40 da Magna

¹¹⁸ No Regime Geral de Previdência Social – RGPS, existe a aposentadoria por idade, que pode ser requerida pela empresa, desde que o segurado tenha cumprido o período de carência e completado *70 anos de idade, se do sexo masculino, ou 65 anos, se do sexo feminino*, sendo a aposentadoria, nesse caso, compulsória, garantindo-se ao empregado a indenização prevista na legislação trabalhista, considerada como data da rescisão do contrato de trabalho a imediatamente anterior à do início da aposentadoria (artigo 51 da Lei 8.213/1991). Nesse regime previdenciário, portanto, a aposentadoria “compulsória”, nas idades acima especificadas, não é automática, mas decorre de requerimento da empresa, gerando, especificamente nesse caso, a extinção do contrato de trabalho, sendo devida ao segurado empregado a indenização compensatória de 40% do FGTS, bem como o levantamento dos depósitos da conta vinculada. Ademais, a recente Emenda Constitucional 88/2015 versou apenas a respeito do Regime Próprio de Previdência Social dos servidores estatutários, o qual também é aplicável aos magistrados, membros do Ministério Público, Defensorias Públicas, ministros dos tribunais e conselhos de contas. Portanto, o texto constitucional não faz qualquer menção a limite máximo de idade e aposentadoria compulsória para os exercentes de cargo em comissão.

¹¹⁹ MOTTA, Fabrício. É possível a nomeação de pessoa com 70 anos ou mais para cargo comissionado?. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, n. 49, p. 5261-5263, mar. 2005. apud XAVIER, Samara. Cargo em comissão: uma abordagem histórica e contemporânea do provimento de confiança na Administração Pública. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ao 8, n. 90, ago. 2008. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=54485>. Acesso em: 20 set. 2016.

Carta, em sua redação original, remetia à lei a aposentadoria em cargos ou empregos temporários. Portanto, cabia à lei disciplinar a aposentadoria dos servidores comissionados, incluindo, logicamente, estabelecer, ou não, o limite etário para a aposentação.¹²⁰

Em sentido contrário, Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que o limite etário para permanência no serviço público do servidor efetivo também se aplica ao ocupante de cargo em comissão, uma vez que a idade máxima cria uma presunção absoluta de incapacidade, ou seja, que não admite prova em contrário.¹²¹ Essa posição também é defendida por José dos Santos Carvalho Filho.¹²²

Contudo, não se pode concordar com essa construção doutrinária que fundamenta o instituto da aposentadoria compulsória na presunção, que não admite ser elidida por prova em contrário, de que pessoas com mais de 75 anos são incapazes de prestar seus serviços à Administração Pública, pois mostra-se incompatível com um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, consubstanciado na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, da Constituição).

Não se extrai do texto constitucional a intenção de que os cidadãos com idade superior a 75 anos (que até 2015 era 70 anos) não ocupassem cargos públicos.

De acordo com a regra geral estabelecida pela Carta da República (art. 7º, XXX, aplicável aos servidores públicos por força do art. 39, § 2º), é direito dos trabalhadores a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”. Portanto, vedam-se distinções quanto ao exercício de funções por motivo de idade. Essa é a regra geral. Logo, o dispositivo constitucional que estabelece a aposentadoria compulsória (art. 40, II, da CF) não pode ser interpretado extensivamente para abranger os ocupantes de cargos comissionados, pois isto importaria em fazer da exceção a regra,

¹²⁰ Nesse sentido é o seguinte julgado: RMS 36950/RO, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2012/0012576-1, Relator: Ministro Castro Meira, Segunda Turma, Julgamento: 16.04.2013, Publicação: em 26.04.2013.

¹²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 641.

¹²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22ª ed. rev. ampl. e atualizada até 10/07/2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 665.

aniquilando o corolário do princípio constitucional da igualdade previsto no artigo 7º, XXX, da Constituição.

De outra banda, não há proibição constitucional de que cidadãos com 75 anos ou mais ocupem cargos eletivos no Poder Legislativo ou no Executivo. As condições de elegibilidade estão taxativamente previstas no art. 14, § 3º, da Lei Maior, sendo que dentre essas não se inclui a idade máxima, podendo, por exemplo, o Chefe do Executivo ser um octogenário. Outro exemplo são os Ministros do Estado que também podem ter mais de 75 anos, pois o art. 87 da Constituição fixa apenas o limite mínimo de 21 anos de idade para o cargo.

Dessarte, é evidente que uma interpretação sistemática da Constituição afasta a tese segundo a qual o art. 40, inciso II, presume incapazes para o serviço público os maiores de 75 anos. Isso porque, se o texto constitucional proíbe haver diferença quanto ao exercício de funções em razão da idade (art. 7º, XXX) e não estabelece limite de idade para o exercício de cargos eletivos (art. 14, § 3º) e de Ministro de Estado (art. 87), não parece razoável sustentar que se presume incapazes para o exercício de cargos públicos cidadãos com idade igual ou superior a 75 anos. Seria uma grande incongruência do constituinte proibir o exercício de cargos comissionados por pessoas com mais de 75 anos e, ao mesmo tempo, permitir que ocupem os postos mais elevados do Estado (membros do Poder Legislativo e Chefe do Executivo), justamente aqueles dos quais emanam as decisões políticas mais relevantes para o nosso país.

O instituto da aposentadoria compulsória deve ser entendido apenas como um incentivo à renovação dos quadros da Administração Pública, não se aplicando aos ocupantes de cargos em comissão, onde o problema não se põe em razão da precariedade do vínculo que mantêm com o Poder Público.¹²³ Nesse sentido, é o parecer da Procuradoria Geral da República (N.º 59832/2015 – ASJCIV/SAJ/PGR) no Recurso Extraordinário 786.540 – RO, do qual destacamos um trecho que muito bem elucida essa questão:

[...]É possível, pois, compreender o instituto da aposentadoria compulsória como esse mecanismo indutor da renovação dos quadros da administração pública, não apenas criado e definido nos termos do

¹²³ Conforme decisão do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (Parecer/Consulta TC-015/2005, Relatora: Conselheira Márcia Jaccoud Freitas, 12.05.2005).

Texto Magno por opção político-legislativa do Constituinte, mas também complementar às garantias da estabilidade e da vitaliciedade, na medida em que, enquanto estas visam à busca da excelência no serviço público – compreendido em seu sentido mais amplo – por meio da formação e da manutenção de um quadro de pessoal que realize suas atividades de forma profissional, com crescentes qualificação e experiência, aquela propicia ao corpo funcional, de tempos em tempos, modificações voltadas à sua oxigenação.

Logo, porque os ocupantes de cargos em comissão não têm essa prerrogativa, e em razão da instabilidade dos vínculos que, exoneráveis ad nutum, mantêm com o Poder Público, tal mecanismo renovador se mostra desnecessário em relação a eles. Afinal, na hipótese, a movimentação do quadro pode ocorrer a qualquer momento, por ato de seu superior hierárquico.

Diante de tudo isso, seja em razão da literalidade do que dispõe o texto constitucional, seja como consequência do tê-los da regra da aposentadoria compulsória, conclui-se que ela não é aplicável aos servidores exclusivamente ocupantes de cargos em comissão na Administração Pública direta, bem como nas respectivas autarquias e fundações, em qualquer esfera federativa, dado o âmbito abrangência das disposições da Carta Magna quanto ao particular¹⁰.

Assim, tanto é permitido que um servidor público que ocupe apenas cargo em comissão, ao completar 70 (setenta) anos de idade, mantenha seu vínculo com a Administração Pública quanto nenhum óbice há a que para o cargo seja nomeado alguém que já tenha atingido tal marco etário.[...] ¹²⁴

Na mesma linha, foi a decisão do Conselho Nacional de Justiça que permitiu o exercício de cargos em comissão no Poder Judiciário por pessoas com mais de 70 (setenta) anos de idade (referindo-se à redação do art. 40, II, antes da modificação trazida pela Emenda Constitucional n.º 88/2015 que alterou a idade para 75 anos).

Controle de ato administrativo. Manutenção de servidor aposentado no cargo de Diretor Geral após os 70 anos. "Servidores com cargos em comissão podem ser mantidos ou contratados após os 70 anos, já que a aposentadoria compulsória aplica-se somente aos servidores efetivos. (CNJ, PCA 000999-36.2007.2.00.0000, Relatora Conselheira ANDRÉA PACHÁ, DJ 25 out. 2007)

Portanto, a Carta da República não determina limite máximo de idade para investidura ou permanência no cargo em comissão. Com isso, até mesmo o servidor aposentado (em cargo efetivo ou emprego público) com 75 anos ou mais,

¹²⁴ Deve-se ressaltar que o parecer faz referência a idade de 70 anos para aposentadoria compulsória, eis que a ação versa sobre litígio instaurado antes da LC 152/2015 que alterou o limite de idade para 75 anos.

compulsoriamente ou não, independente da natureza do vínculo que o ligava ao Estado (estatutário ou celetista), pode ocupar cargo em comissão, conforme se verá no tópico que trata da possibilidade de acumulação de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo em comissão.

Outra controvérsia gira em torno do requisito de escolaridade como limite à discricionariedade do administrador público no provimento de cargos em comissão, que será tratado no último tópico deste trabalho.

Por fim, deve-se anotar ainda que a Lei n.º 8.730, de 10.11.1993, estabelece a obrigatoriedade da apresentação da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos ou funções de confiança, na administração direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º, VII, e art. 7º).

6.2 Da proibição de acumular de cargos públicos

Acumulação é o exercício concomitante de mais de um cargo público remunerado, o que, de regra, é vedado pela Constituição. Porém, há exceções previstas exaustivamente no texto da Lei Maior, que permitem a acumulação desde que haja compatibilidade de horários (art. 37, XVI). Tratando-se de exceções à regra constitucional, nenhum outro diploma infraconstitucional (Constituições Estaduais, Leis Orgânicas e qualquer outra lei) poderá ampliar o rol de exceções à proibição de acumular cargos públicos prevista na Carta da República.

Inicialmente, ressalte-se que essa proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público” (art. 37, XVII, da CF).

A exceções, esparsas pelo texto constitucional, são as seguintes:

- 1) dois cargos de professor (art. 37, XVI, “a”);
- 2) um cargo de professor com outro técnico ou científico (art. 37, XVI, “b”);
- 3) dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas (art. 37, XVI, “c”);

- 4) magistrado com uma função do magistério (art. 95, parágrafo único, I);
- 5) membro do Ministério Público com outra função pública de magistério (art. 128, §5º, II, “d”);
- 6) Ministro do Tribunal de Contas da União com outra função de magistério (art. 73, §3º);
- 7) Vereador com outro cargo, emprego ou função (art. 38, III).

Sobre o acúmulo de cargos em comissão, tem-se, em regra, a impossibilidade. A única exceção está prevista no art. 119 da Lei 8.112/90, que permite ao servidor comissionado acumular outro cargo em comissão no caso de interinidade, sem prejuízo das atribuições do que ocupa, devendo optar pela remuneração de um deles durante esse período (art. 9º, parágrafo único, da Lei 8.112/90). Por exemplo: o ocupante de cargo em comissão de Diretor poderá responder cumulativamente pelo cargo de Diretor de outro departamento do mesmo ente, durante as férias do respectivo titular.

Na análise do processo que envolvia a acumulação de dois cargos em comissão pelo mesmo servidor, no Poder Executivo e no Poder Legislativo, o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina decidiu que:

É incompatível a acumulação de dois cargos em comissão, no Poder Executivo e no Poder Legislativo, pelo mesmo servidor, por não se enquadrar nas exceções passíveis de acumulação estabelecidas pelo art. 37, inciso XVI, da Constituição Federal (Prejulgado 0761). (Processo n.º CON-TC 6700201/92)

A proibição de acumular cargos em comissão abrange, inclusive, a remuneração pela participação em outro órgão de deliberação coletiva (art. 119 da Lei 8.112/90). A vedação, entretanto, não se aplica à remuneração devida pela participação do comissionado em conselhos de administração e fiscal das empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas (art. 119, parágrafo único, da Lei 8.112/90, com a redação dada pela Medida Provisória n.º 2.225-45 de 2001). Justifica-se essa exceção porque não se trata de acumulação de cargos em comissão ou de funções gratificadas, especialmente por que não se cogita, nessa situação, de pessoas jurídicas de direito privado. Esse foi o entendimento

sufragado pelo Suprema Corte, ao apreciar, em sede cautelar, a alegação de inconstitucionalidade do art. 119, parágrafo único, da Lei 8.112/90.¹²⁵

No caso de servidor vinculado ao regime da Lei n.º 8.112/90 que acumula lícitamente dois cargos efetivos, quando investido em cargo de provimento em comissão, ficará afastado de ambos os cargos efetivos. Contudo, se houver compatibilidade de horário e local com o exercício de um deles, declarada pelas autoridades máximas dos órgãos ou entidades envolvidos, poderá acumular um cargo efetivo com outro em comissão, nos termos do art. 120 da Lei 8.112/90, com a redação dada pela Lei n.º 9.527, de 10.12.1997.

A despeito disso, muitos são os que defendem a impossibilidade de se acumular um cargo efetivo com outro cargo em comissão, posto que este exige de seu ocupante dedicação integral e exclusiva, o que, de regra, seria incompatível com o exercício de qualquer outro cargo, emprego ou função.¹²⁶

Todavia, a Constituição veda acumulação de cargos públicos num sentido amplo, excetuando as situações supramencionadas desde que haja compatibilidade de horário. Dentre as hipóteses permitidas pela Lei Maior está a acumulação de um cargo de professor com outro cargo técnico ou científico. Nota-se que o dispositivo fala em outro cargo técnico ou científico, sem fazer qualquer distinção quanto à forma de provimento do cargo, se efetivo ou comissionado. Assim, não parece razoável proibir a acumulação de um cargo efetivo de professor com outro cargo em comissão de natureza técnica ou científica, desde que as aulas sejam ministradas fora do horário de expediente do órgão no qual exerce o cargo comissionado. Nessa linha, pronunciou-se Antônio Flávio de Oliveira:

[...] não há óbice de cumulação de cargo comissionado, desde que qualificável simultaneamente como de natureza técnica ou científica, com o cargo de professor de instituição pública, conquanto que respeitada a compatibilidade de horários preconizada pelo art. 37, XVI, da CF/88.¹²⁷

¹²⁵ ADI-MC 1485, Relator: Ministro Néri da Silveira, julgamento em 07.8.1996, Publicação: *DJ* de 05.11.1999, p. 2)

¹²⁶ Assim entendem José Armando da Costa (COSTA, José Armando. *Acumulação ilícita de cargos públicos. Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 20, p. 13-18, out. 2002) e Regis Fernandes de Oliveira (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Servidores públicos*. 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2015. p. 47).

¹²⁷ OLIVEIRA, Antônio Flávio de. Servidor estadual: cargo de confiança: acumulação: professor. In: SAYD, Jamile (Org.). *Servidor público: questões polêmicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 132.

No mesmo sentido foi a decisão do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, cujo excerto segue abaixo:

1. Apenas quando o cargo em comissão contiver natureza técnica e existir compatibilidade de horário é que poderá haver acumulação remunerada com o cargo de professor (magistério). 2. Professor integrante dos quadros do magistério estadual que tenha durante o recesso escolar exercido cumulativamente cargo em comissão de natureza não técnica em município e irregularmente acumulado a remuneração do cargo efetivo com cargo em comissão terá de ressarcir o Estado de Santa Catarina quanto aos valores recebidos naquele período (Prejulgado 1690). (Processo n.º CON 05/01048880)

Portanto, havendo compatibilidade de horários, entende-se possível a acumulação de um cargo efetivo de professor com outro cargo em comissão de natureza técnica ou científica.

Fabrício Motta e Luciano Ferraz lembram ainda que o artigo 37, inciso V, da Constituição, ao dispor que as funções de confiança são exclusivas de servidores efetivos, enquanto que os cargos em comissão serão ocupados por efetivos de acordo com os percentuais previstos em lei de cada ente, traz, na verdade, autorização de acumulação de cargos e funções, excepcionando o artigo 37, incisos XVI e XVII. Explicam os autores:

Isso porque o servidor continua a ocupar o cargo efetivo, sem dele abrir mão ou se afastar (não ocorre a vacância do cargo e não é o caso de licença). Como regra, de acordo com o estabelecido na lei de criação dos cargos e/ou funções, o servidor apenas percebe a remuneração da função ou comissão ou pode ainda optar por perceber gratificações previstas em lei para tanto. Como as funções de confiança e cargos em comissão possuem natureza transitória, vinculada à confiança da autoridade com competência para determinar o seu provimento, não seria razoável exigir-se a quebra do vínculo efetivo do servidor com a Administração.¹²⁸

Outra situação expressamente autorizada pela Constituição é a acumulação remunerada de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 (servidores civis), art. 42 (militares) e art. 142 (militares das Forças Armadas), com a remuneração de cargo em comissão (art. 37, §10, acrescentado pela Emenda

¹²⁸ MOTTA, Fabrício.; FERRAZ, Luciano de Araújo. Acumulação de cargos, empregos, funções e proventos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Servidores públicos na Constituição Federal*/Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta, Luciano de Araújo Ferraz – 3. ed.- São Paulo: Atlas, 2015, p.100.

Constitucional n.º 20, de 15.12.98). Apesar da omissão do texto constitucional em relação ao servidor aposentado pelo regime geral de previdência social, nada obsta que este venha a exercer cargo em comissão, eis que nesse regime de previdência é possível a manutenção de vínculo laboral após a aposentaria e não existe nenhum impedimento legal limitativo da idade.

A respeito dessa matéria, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça firmaram entendimento de que é “impertinente a exigência de compatibilidade de horários como requisito para a percepção simultânea de provento de aposentadoria com a remuneração pelo exercício de outro cargo público”.¹²⁹

Por outro lado, José dos Santos Carvalho Filho assevera, com razão, que o servidor aposentado por invalidez não pode acumular seus proventos nem com outro cargo efetivo acumulável, nem mesmo com cargo em comissão. A despeito do texto do art. 37, §10, da Constituição, no qual não se fez nenhuma distinção, é certo que a aposentadoria por invalidez tem como pressuposto a inaptidão física ou psíquica para o exercício de funções. Resulta daí, portanto, que eventual cumulação nesse caso redundaria em inevitável incompatibilidade lógica, eis que se estaria atribuindo o exercício de função pública a quem o Poder Público já considerara inapto anteriormente.¹³⁰

Diante do esposado, conclui-se que, em regra, é proibida a acumulação de mais de um cargo em comissão, exceto na hipótese de interinidade e sem prejuízo das atribuições do cargo que ocupa, devendo o servidor optar pela remuneração de um dos cargos nesse período (art. 9º, parágrafo único, cc. art. 119, caput, da Lei 8.112/90). Esta proibição, entretanto, não se aplica à remuneração devida pela participação do comissionado em conselhos de administração e fiscal das empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas (art. 119, parágrafo único, da Lei 8.112/90). A acumulação de um cargo efetivo com outro em comissão, por sua vez, somente é possível na hipótese de acumulação de um cargo efetivo de professor com outro cargo em comissão de natureza técnica ou científica e

¹²⁹ STF – RE 547731, AgR, Relator: Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 31.7.2008 e RE 701999 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 02.10.2012, DJe 19.10.2012). STJ – AgR no AREsp 415.292/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Julgamento: 03.12.2013, Publicação: DJe 10.12.2013.

¹³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22ª ed. rev. ampl. e atualizada até 10/07/2009, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 673.

desde que haja compatibilidade de horários. Por fim, não há óbice para o exercício de cargo em comissão por servidor aposentado pelo regime próprio ou pelo regime geral de previdência social, exceto o servidor aposentado por invalidez, que não pode cumular seus proventos nem com outro cargo efetivo, nem mesmo com cargo em comissão.

6.3 Dos direitos sociais previstos na Constituição

O artigo 39, §3º, da Constituição Federal garante os ocupantes de cargos públicos, sem qualquer distinção entre titulares de cargos efetivos ou comissionados, os seguintes direitos sociais previstos no art. 7º: remuneração não inferior ao salário mínimo, garantia de salário, décimo terceiro salário, remuneração superior do trabalho noturno, salário-família, limites de jornada de trabalho, repouso semanal remunerado, remuneração superior do serviço extraordinário, férias anuais remuneradas acrescidas de um terço, licença à gestante, licença-paternidade, proteção do mercado de trabalho da mulher, redução dos riscos inerentes ao trabalho e proibição de diferença de salários.

Apesar do dispositivo constitucional acima citado não fazer qualquer distinção entre ocupantes de cargo efetivo ou em comissão, entende-se, conforme será visto no tópico seguir, que os servidores comissionados não fazem jus à remuneração superior pela realização de serviços extraordinários.

6.4 Da remuneração, adicionais e gratificações

Os titulares de cargos em comissão têm direito à remuneração composta pelo vencimento previsto em lei para o respectivo cargo, acrescido de outras vantagens pecuniárias legais (adicionais e gratificações) e compatíveis com a natureza do cargo.

A remuneração é o montante percebido pelo servidor público a título de vencimentos e vantagens pecuniárias. É, portanto, o somatório das várias parcelas pecuniárias a que faz jus, em decorrência de sua situação funcional.¹³¹

A Constituição assegura a todos os servidores, inclusive aos comissionados, a revisão geral e anual da remuneração, sempre na mesma data e sem distinção de índices (art. X). Também lhes é extensível a mesma garantia social prevista para os trabalhadores em geral, qual seja: nenhuma remuneração pode ser inferior ao salário mínimo (conforme se depreende da leitura do art. 7º, IV combinado com o art. 39, §3º, da Constituição). A esse propósito, a Súmula Vinculante n.º 16 esclarece que o valor mínimo se refere ao total da remuneração, e não ao vencimento do cargo em si.¹³² Portanto, o vencimento do cargo pode ser inferior ao salário mínimo, mas se lhe acrescerá parcela pecuniária (abono) para ser alcançada a remuneração mínima.¹³³

O vencimento, ou vencimento-base ou vencimento-padrão, é a retribuição pecuniária que o servidor percebe pelo exercício do cargo (art.40, Lei 8.112/90). Todo cargo tem seu vencimento previamente estipulado em lei. Assim, o art. 37, inciso X, da Constituição estabelece que a remuneração dos servidores públicos somente poderá ser fixada ou alterada por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso.

Imperioso frisar que os cargos de confiança de Ministro de Estado e Secretários Estaduais e Municipais são remunerados por subsídio, por determinação expressa do art. 39, §4º da Constituição Federal.¹³⁴

¹³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22ª ed. rev. ampl. e atualizada até 10/07/2009, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 698.

¹³² Súmula Vinculante n.º 16: “Os artigos 7º, IV, e 39, § 3º (redação da EC 19/98), da Constituição, referem-se ao total da remuneração percebida pelo servidor público”.

¹³³ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 699.

¹³⁴ Subsídio é a modalidade de remuneração, fixada em parcela única, paga obrigatoriamente aos membros de Poder, detentor de cargo eletivo, Ministros de Estado, Secretários Estaduais, Secretários Municipais, membros do Ministério Público (art. 128, §5º, I, “c”, da CF), integrantes da Defensoria Pública e da Advocacia Pública (incluindo-se nesta as Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal), bem como os servidores policiais integrantes das polícias mencionadas no art. 144, I a V, da CF. O subsídio foi instituído pela Emenda Constitucional n.º 19/98, que alterou a redação do art. 39, §4º da CF, e veda expressamente que tal parcela seja acrescida de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória.

As vantagens pecuniárias, por sua vez, são retribuições pecuniárias acrescidas ao vencimento do servidor, concedidas a título definitivo ou transitório, que podem ou não se incorporar ao seu vencimento.

Hely Lopes Meirelles distingue as vantagens pecuniárias em adicionais e gratificações. Adicionais são as vantagens devidas pela decorrência do tempo de serviço (por exemplo: quinquênios e sexta-parte), ou pelo desempenho de funções especiais (adicional de função de confiança). As gratificações são as vantagens devidas em razão das condições anormais em que se realiza o serviço (gratificações de insalubridade, por serviços noturno e extraordinários), ou, finalmente, em razão das condições pessoais do servidor (gratificação de nível superior).

Entretanto, assiste razão José dos Santos Carvalho Filho ao lembrar que a distinção feita por Hely Lopes Meirelles não tem sido adotada nos diplomas que tratam da matéria, sendo assim irrelevante que a vantagem pecuniária seja denominada de adicional de insalubridade ou gratificação de insalubridade, o que vai importar é a verificação, na norma pertinente, do fato que gera direito à percepção da vantagem.¹³⁵

Insta lembrar que a Constituição proíbe que os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público sejam computados ou acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores, a fim de evitar o chamado “efeito cascata” (art. 37, XIV, com a redação dada pela EC n.º 19/98). É dizer: a base de cálculo para acréscimos ulteriores é exclusivamente o vencimento básico do cargo, excluindo-se adicionais, vantagens do cargo e vantagens pessoais.¹³⁶

O regime jurídico único dos servidores públicos federais (Lei n.º 8.112/90) prevê as seguintes vantagens pecuniárias: indenizações (ajuda de custo, diárias, transporte e auxílio moradia), gratificações e adicionais (retribuição pelo exercício de função de direção, chefia e assessoramento; gratificação natalina; adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas; adicional pela prestação de

¹³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22ª ed. rev. ampl. e atualizada até 10/07/2009, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 700.

¹³⁶ FERRAZ, Luciano. Acréscimos pecuniários. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Servidores públicos na Constituição Federal*/Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta, Luciano de Araújo Ferraz – 3. ed.- São Paulo: Atlas, 2015, p. 128.

serviço extraordinário; adicional noturno; adicional de férias; gratificação por encargo de curso ou concurso).

O servidor titular de cargo em comissão tem direito a todas essas vantagens pecuniárias, com exceção da retribuição pelo exercício de função de confiança (direção, chefia e assessoramento) e do adicional pela prestação de serviços extraordinários. A primeira não é devida, uma vez que somente o titular de cargo efetivo pode ser designado para função de confiança, nos termos do art. 37, V, da Constituição Federal. Já o adicional pela realização de serviços extraordinários é indevido porque, em razão da relação de confiança existente entre a autoridade e o subordinado e a natureza das atribuições do cargo (direção, chefia e assessoramento), é inviável a fixação e controle de horário de trabalho. Por essa razão, a Lei n.º 8.112/90 estabelece que o ocupante de cargo em comissão ou função de confiança submete-se a regime de integral dedicação ao serviço, podendo ser convocado sempre que houver interesse da Administração (art. 19, §1º, com a redação dada pela Lei n.º 9.527, de 10.12.97). Nessa toada, tem sido as decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Apelação cível. Ação civil pública fundada na improbidade administrativa (Lei n.º 8.429/92). Pretensão de ressarcimento de danos ao erário e indenização de danos morais difusos. Preliminares de inépcia da petição inicial, impossibilidade jurídica do pedido, inadequação da via eleita e ilegitimidade "ad causam" do Ministério Público rejeitadas. Precedentes da jurisprudência. Imprescritibilidade do pedido de ressarcimento de danos, reconhecida, todavia, a prescrição dos demais pedidos em relação a um dos réus. Agravo retido provido em parte. Autarquia municipal que efetua pagamento de horas-extras a ocupantes de cargo em comissão. Inadmissibilidade. Ocupantes de cargo em comissão sujeitos a regime próprio e tratamento diferenciado, observado o seu caráter de confiança, sem direito ao percebimento de remuneração extraordinária. Disposição genérica de lei municipal que não autoriza o pagamento. Precedentes. Improbidade reconhecida, descabendo acenar com ausência de dolo. Condenação ao ressarcimento dos danos ao erário que se afigura correta, porquanto indevidos os pagamentos extraordinários aos comissionados, por conta do regime legal a que estavam sujeitos. Reparação de danos morais difusos, todavia, que não subsiste, não se vislumbrando a alegada ofensa aos interesses protegidos. Adequação das sanções aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Recursos providos em parte, provendo-se parcialmente o agravo retido. (APL 9203527082009826 SP 9203527-08.2009.8.26.0000; Relator: Des. Osni de Souza; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Julgamento: 15.11.2016; Publicação: 01.11. 2012) (grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL - ADMINISTRATIVO - SERVIDOR OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO - ART. 39, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO E FÉRIAS COM TERÇO CONSTITUCIONAL: COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO - HORAS EXTRAS, FGTS, E MULTA: INDEVIDOS - IMPROCEDÊNCIA.

I - A nomeação efetivada à luz do art. 37, II, da CF/88, tem irrefutável natureza administrativa, sendo, pois, regada pelas normas de direito público, dentre as quais a do art. 39, § 3º, da CF/88, a qual garante ao comissionado o pagamento de férias com o respectivo terço e de 13º salário, mas não lhe autoriza o recebimento de multa (art. 477, § 8º, CLT), da dobra de férias e do FGTS.

II - Comprovado o pagamento das verbas devidas, impertinente sua cobrança.

III - Por exigir integral e exclusiva dedicação de seu ocupante, bem como pelo vínculo de confiança que o caracteriza e, além da dispensa do controle da jornada de trabalho, justifica remuneração diferenciada, o cargo em comissão não gera direito ao recebimento de horas extras. (AC 10015130017187001 MG; Relator: Peixoto Henrique; Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível; Publicação: 11.11.2015) (grifo nosso)

Há quem entenda que os adicionais ou gratificações de natureza permanente (anuênios, quinquênios e sexta-parte) previstos em lei somente são devidos aos titulares de cargos efetivos por constituírem retribuições pecuniárias típicas de incentivo à perenidade na carreira e estímulo profissional, sendo incompatível com natureza jurídica dos cargos em comissão, de transitoriedade e precariedade.¹³⁷

Contudo, não se verifica qualquer incompatibilidade lógica entre a percepção do adicional por tempo de serviço e o exercício de cargo em comissão, pois a implementação desse benefício depende tão somente que o servidor público tenha exercido o cargo pelo tempo exigido pela lei. Logo, havendo previsão legal e tendo o servidor comissionado exercido o cargo pelo tempo necessário à implementação dessa vantagem, deve fazer jus ao adicional por tempo de serviço até a sua exoneração.

Nesse diapasão, Lúcia Valle Figueiredo asseverou que:

Com relação aos direitos, os que ocupam cargos em comissão são tão funcionários quanto os efetivos. A única diferença é a precariedade da permanência no cargo. Porém, têm direito às férias, aos adicionais por tempo de serviço e às licenças. Naturalmente, não à licença de dois anos para tratar de interesses pessoais, porque esta não prescinde da

¹³⁷ SANTOS, Vinicius Nascimento. Pagamento de gratificação a ocupante de cargo em comissão. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM, Belo Horizonte, ano 15, n. 53, p. 49-58, p. 54, jul./set. 2014.

estabilidade, e efetividade, da qual não gozam os ocupantes dos cargos em comissão”.¹³⁸

Nesse sentido também é a decisão Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo trecho segue abaixo transcrito:

[...]Cuida-se de pretensão jurisdicional apresentada por funcionário ocupante de cargo em comissão, voltada ao reconhecimento do direito ao recebimento do quarto quinquênio e da sexta-parte. [...]No mérito, o direito ao recebimento da sexta-parte vem assegurado no artigo 129 da Constituição do Estado de São Paulo, com a seguinte redação: “Ao servidor público estadual é assegurado o percebimento do adicional por tempo de serviço, concedido no mínimo, por quinquênio, e vedada a sua limitação, bem como a sexta-parte dos vencimentos integrais, concedida aos vinte anos de efetivo exercício, que se incorporarão aos vencimentos para todos os efeitos, observado o disposto no artigo 115, XVI, desta Constituição”. Assim, tendo em vista que, por força do decidido na outra demanda, o autor foi reintegrado e efetivamente exerceu o cargo pelo período necessário ao recebimento dos adicionais por tempo de serviço ora postulados, consistentes no quarto quinquênio e na sexta-parte, fazendo jus ao recebimento. E a concessão do benefício, nos termos acima preconizados, não afronta os princípios constitucionais da legalidade e separação de poderes, porque a hipótese é de aplicação da Carta Bandeirante. Por sua vez, relativamente ao quinquênio, o art. 115, inc. XVI, da Constituição Estadual, também há expressa previsão ao seu recebimento, desde que verificada a efetiva prestação de serviço pelo período de tempo legalmente exigido, nos seguintes termos:

Artigo 115 - Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:

XVI - os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores sob o mesmo título ou idêntico fundamento;

Destarte, independentemente de ter o autor reingressado no serviço público em virtude de determinação judicial, a efetiva prestação de serviços ao Estado, nos termos acima preconizados, deve gerar efeitos pecuniários até nova e eventual exoneração, o que também deve ser considerado para o pagamento das verbas rescisórias.[...]Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso de apelação, para os fins acima especificados. (TJ-SP, APL 10010430520148260053 SP 1001043-05.2014.8.26.0053, Relator: Djalma Lofrano Filho, Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público, Julgamento: 04.2.2015, Publicação: 20.2.2015) (grifo nosso)

¹³⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Cargos em comissão e funções de confiança*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n.99, p. 28, jul./set. 1991.

Cumpra registrar, por fim, que não é devido o recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) para os servidores comissionados, eis que estão submetidos ao regime jurídico estatutário. A Constituição Federal não estendeu aos servidores ocupantes de cargos públicos essa garantia social prevista no art. 7º, inciso III. Ademais, a própria precariedade do provimento do cargo em comissão é incompatível com a finalidade do FGTS, que visa compensar o trabalhador da dispensa imotivada ou sem justa causa.

Em síntese, em contraprestação pelo exercício do cargo em comissão, o servidor tem direito à remuneração que compreende o vencimento do cargo, acrescido dos adicionais, gratificações e indenizações expressamente previstos em lei e compatíveis com a natureza do cargo, tais como: gratificação natalina, adicional de férias, adicional de insalubridade, adicional noturno, adicionais por tempo de serviço (quinqüênio, sexta-parte), salário família, indenizações por ajuda de custo, diárias, transporte e auxílio moradia. Todavia, não se aplicam aos servidores titulares de cargo em comissão o adicional pela prestação de serviço extraordinário e a gratificação pelo exercício de função de confiança, pois a primeira é incompatível com a natureza do cargo e, a segunda, é reservada aos servidores titulares de cargo efetivo.

6.5 Do teto remuneratório

A Constituição estabelece um limite máximo para remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos, percebidos cumulativamente ou não e incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza (art. 37, XI). Estão excluídos de tal limite, apenas as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei (exemplo: ajuda de custo, diárias, transporte, auxílio moradia). Esse teto remuneratório se aplica à Administração direta, autárquica e fundacional, e abrange os membros de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios, incluindo os detentores de mandato eletivo e demais agentes políticos.

Os limites à remuneração dos servidores públicos variam de acordo com a esfera de governo a que se vinculam, de acordo com o seguinte:

a) na esfera federal: são os subsídios mensais dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que servem de teto e cujo valor, de resto, não pode ser ultrapassado por ninguém no âmbito da Federação.

b) nas esferas dos Estados e do Distrito Federal: o teto pode variar conforme se trate de servidor do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário. Se for do Legislativo ficará limitado pelos subsídios dos Deputados estaduais; se for do Executivo, pelos subsídios mensais do Governador; se for do Judiciário, funcionará como teto os subsídios dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, que, de resto, estão limitados a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal em espécie dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

c) na esfera municipal: o teto é o valor do subsídio mensal do Prefeito.

Nos casos de acumulações permitidas de cargos ou de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo em comissão, a primeira interpretação sugerida pela leitura do art. 37, X, da Constituição, é a de que deve incidir o valor correspondente ao teto remuneratório à soma das remunerações relativas aos cargos acumuláveis ou da acumulação dos proventos de aposentadoria com a remuneração do cargo em comissão. Aliás, assim entende Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual não há como extrair outra interpretação desse dispositivo constitucional, ainda que da sua aplicação resulte inconveniências gritantes.¹³⁹

Entretanto, acertadamente, Fabrício Motta e Luciano Ferraz entendem que a interpretação sistemática do texto constitucional impõe a aplicação do teto remuneratório tendo como base de incidência a retribuição percebida por cada um dos cargos e empregos, e não a soma das retribuições. Isso porque, a aplicação do teto à soma das remunerações relativas aos cargos e empregos acumuláveis levaria ao absurdo de se admitir como lícito o exercício acumulativo, mas com retribuição pecuniária menor em razão da sujeição ao teto remuneratório.¹⁴⁰ Esse é o

¹³⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed. rev. atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 281.

¹⁴⁰ MOTTA, Fabrício., FERRAZ, Luciano. Teto remuneratório. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Servidores públicos na Constituição Federal*/Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta, Luciano de Araújo Ferraz – 3. ed.- São Paulo: Atlas, 2015, p.104-105.

entendimento do Conselho Nacional de Justiça¹⁴¹ e também há precedentes do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido.¹⁴²

Na hipótese de cessão de servidor titular de cargo efetivo para o exercício de cargo em comissão em outro ente, a regra lógica é a de que o teto remuneratório incidente seja o do órgão ou entidade pagadora, considerando a opção feita pelo servidor para a respectiva remuneração. Porém, pode haver convênios de cooperação estabelecidos entre cedente e cessionário, segundo o qual permanece o órgão de origem remunerando o servidor com o vencimento do seu cargo efetivo, enquanto incumbe ao cessionário o pagamento de outra parcela remuneratória pela assunção do cargo em comissão. Nesses casos, o teto incidente haverá de ser, por coerência, o do órgão ou entidade responsável pelo pagamento da maior parcela remuneratória, devendo o convênio disciplinar o meio adequado para se proceder ao corte, se necessário.¹⁴³

6.6 Dos direitos de ausência ao serviço

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, os direitos e vantagens que implicam ausência ao serviço são os seguintes: férias, licenças e afastamentos. Entre licença e afastamentos não há diferença, senão a de nomes. Na Lei 8.112/90, há doze espécies de licenças e mais doze variedades de afastamentos.¹⁴⁴

Já se afirmou que o ocupante de cargo em comissão, assim como a qualquer outro servidor público, tem assegurado pela Constituição o direito a férias anuais remuneradas com um terço a mais do que o salário normal (art. 7º, XVII, e art. 39, §3º).

No tocante às licenças, a Constituição assegura aos servidores públicos em geral a licença à gestante e a licença paternidade (art. 7º, incisos XVIII e XIX, e

¹⁴¹ Art. 8º, inciso II, “a”, da Resolução n.º 13, de 21 de março de 2006.

¹⁴² RMS 33.134/DF, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, *DJe* 27.8.2013; AgRg no RMS 33.100/DF, Relatora: Ministra Eliana Calmon, *DJe* 15.5.2013; e, RMS 38.682/ES, Relator: Ministro Herman Benjamin, *DJe* 5.11.2012.

¹⁴³ FERRAZ, Luciano. Teto remuneratório. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Servidores públicos na Constituição Federal*/Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta, Luciano de Araújo Ferraz – 3. ed.- São Paulo: Atlas, 2015, p. 144.

¹⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed. rev. atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 320.

art. 39, §3º). Outras licenças e afastamentos podem ser concedidos aos titulares de cargos públicos, conforme dispuser a lei de cada ente federativo.

Para os servidores regidos pela Lei n.º 8.112/90 estão previstas as seguintes licenças: por motivo de doença em pessoa da família; motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro; serviço militar; atividade política; capacitação; tratar de interesses particulares; e, desempenho de mandato classista. Outras cinco licenças estão previstas no capítulo da lei que trata da seguridade social (para tratamento de saúde, à gestante, paternidade, para a servidora adotante que obtiver guarda judicial de criança, por acidente em serviço), razão pela qual serão tratadas no tópico pertinente ao regime de previdência dos servidores.

As licenças, presentes os requisitos previstos lei, constituem-se em direito do servidor efetivo, à exceção de duas que dependem da conveniência pública, quais sejam: para tratar de interesses particulares e para capacitação profissional. Porém, essas duas licenças não se aplicam aos servidores comissionados por serem incompatíveis com a precariedade do provimento dos cargos em comissão, que tem como característica própria a exoneração *ad nutum*. Do mesmo modo, esses servidores também não têm direito às demais licenças previstas na Lei 8.112/90, quais sejam:

1) por motivo de afastamento do cônjuge, já que o próprio texto legal afirma que a licença será concedida por prazo indeterminado;

2) licença para o serviço militar, que, embora seja obrigatório, é inconciliável com a manutenção de um servidor em cargo de confiança;

3) licença para capacitação, pois a própria lei diz que o afastamento é tão somente para cargos efetivos, excluindo, por conseguinte, a possibilidade da licença para os titulares de cargos em comissão;

4) licença por motivo de doença em pessoa da família que embora seja uma licença sem correspondente no Regime Geral de Previdência Social, a Lei 8.112/90 que a regulamentou estabeleceu que será concedida sem prejuízo da remuneração do cargo efetivo, o que, por si só, já exclui a possibilidade de concessão aos ocupantes de cargos em comissão;

5) licenças para atividade política e desempenho de mandato classista, pois não condiz com o caráter precário e provisório do provimento do cargo de confiança.

O servidor ocupante unicamente de cargo em comissão deverá exonerar-se do cargo para o exercício de atividade política. Por outro lado, sendo o servidor comissionado titular de cargo efetivo terá direito à licença para o exercício de atividade política, sendo-lhe garantida a remuneração do cargo efetivo a partir do registro da candidatura e até o décimo dia seguinte ao da eleição, nos termos do art. 86, §2º, da Lei 8.112/90.

Os afastamentos nominados previstos na Lei n.º 8.112/90 são: 1) para servir em outro órgão ou entidade; 2) para exercício de mandato eletivo; 3) para estudo ou missão no exterior.

A licença para servir em outro órgão ou entidade, também conhecida por cessão, é o ato pelo qual um determinado órgão cede servidor do seu quadro para prestar serviço em outra esfera de governo, órgão ou entidade, com o objetivo de colaboração entre cedente e cessionário.

A cessão somente deve ter lugar quando estiver presente o interesse público, com o intuito de colaboração entre órgãos e entidades públicos, devendo-se observar sempre os princípios norteadores da Administração Pública, a saber: princípios da legalidade, impessoalidade, razoabilidade, proporcionalidade, publicidade, moralidade administrativa, dentre outros. Para além dos requisitos específicos do Estatuto dos Servidores, deve-se resguardar a conveniência e oportunidade da cessão à luz do interesse público a ser protegido, cuja avaliação deve ser feita pelo órgão ou entidade concedente, precisamente para verificar, no caso concreto, se a cessão visa efetivamente atender ao interesse público e não prejudica as atividades do órgão cedente.¹⁴⁵

A cessão de servidor ocupante de cargo em comissão, seja ele titular de cargo efetivo ou não, revela-se atentatória os princípios gerais da administração pública, porquanto é desarrazoado prover-se um cargo de direção, de chefia ou assessoramento, e, em seguida, deslocar o servidor ali investido de forma distinta para o exercício de funções diferenciadas e de responsabilidade destacada, para prestar serviços a outro órgão ou entidade públicos. É, no mínimo, um paradoxo preencher um cargo em comissão e, ato contínuo, transferir o servidor para a

¹⁴⁵ Nesse sentido: TCE-MG, Consulta n.º 862.304, Relator: Conselheiro Wanderley Ávila, Sessão 25.4.2012.

supervisão de outro gestor, pois a relação de confiança que justificou o provimento ficará desfigurada.¹⁴⁶

Portanto, a cessão de servidor ocupante exclusivamente de cargo em comissão constitui clara afronta aos princípios constitucionais da moralidade, razoabilidade e legalidade, podendo até mesmo configurar, em certos casos, verdadeira forma de burlar o princípio do concurso público.

Embora não se trate conceitualmente de cessão, é conveniente lembrar que o servidor ocupante exclusivamente de cargo em comissão poderá ser deslocado para prestar serviços temporariamente em outro órgão diferente, por força de disposição em instrumento de cooperação técnica, com a finalidade de executar o objeto conveniado, mantendo a integralidade do vínculo com o seu órgão de origem. Nesse sentido foi a decisão do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais na Consulta n.º 862.304, da qual é importante registrar um trecho do voto do Conselheiro Antônio Carlos Andrada:

[...]Nesse contexto político-administrativo, a celebração de instrumento de atuação conjunta de diferentes Poderes e órgãos estatais, em que cada um contribui com aquilo que dispõe — serviços, pessoal, informações, dados, etc. — pode ser uma importante medida para atingir o mais elevado grau de eficiência na administração pública, em perfeita consonância com o regime jurídico administrativo delineado no art. 37 da Constituição Federal. Assim, no caso de desenvolvimento de ações especiais e programas de governo, com interesse recíproco para diferentes órgãos da Administração Pública, podem estes celebrar instrumentos de cooperação para a realização do objetivo comum, sempre voltados à tutela do interesse público. Na celebração do ajuste, é possível que as partes convençionem que a contribuição de cada uma delas vá além de bens, tecnologia ou serviços e consista justamente na disponibilização de servidores, inclusive os detentores de cargo em comissão de livre nomeação e exoneração, caso suas atribuições sejam úteis para a execução do objeto pactuado. Nesse caso, dentro desse novo modelo, entendo ser possível que o ocupante de cargo em comissão de recrutamento amplo exerça suas atividades temporariamente em outro órgão, permanecendo vinculado, sob todos os enfoques, ao seu ente de origem — até porque seus préstimos caracterizam a colaboração deste em benefício de todas as partes convenientes — e, por isso, recebendo a remuneração e as vantagens antes recebidas, bem como subordinando aos deveres estabelecidos pelo órgão ao qual pertence.[...]¹⁴⁷

¹⁴⁶ TCE-MG, Consulta n.º 862.304, Relator: Conselheiro Wanderley Ávila, Sessão 25.4.2012 (Revista TCEMG, *Pareceres e decisões*, abril/maio/jun. 2012)

¹⁴⁷ TCE-MG, Consulta n.º 862.304, Relator: Conselheiro Wanderley Ávila, Sessão 25.4.2012 (Revista TCEMG, *Pareceres e decisões*, abril/maio/jun. 2012)

De outra banda, quando se tratar de servidor comissionado titular de cargo efetivo, estando presentes os requisitos pertinentes à cessão (existência de interesse público, necessidade do órgão cessionário e possibilidade do órgão cedente), órgão concedente poderá fazê-lo desde que exonere o servidor efetivo do cargo em comissão no qual estava investido, sob pena de violação aos princípios insculpidos no art. 37 da Magna Carta. Ademais, como visto no tópico pertinente à acumulação de cargos públicos, é impossível juridicamente a acumulação de dois cargos em comissão.

Quanto ao afastamento para o exercício de mandato eletivo, é necessário aferir, a princípio, o cargo para o qual ocorreu a eleição. Isso porque, somente será cabível a licença na hipótese de o eleito para o mandato de Vice-Prefeito ocupar cargo de livre provimento, como, por exemplo, de Secretário Municipal. Nesse caso, o Vice-Prefeito deverá se afastar do cargo de Secretário Municipal na assunção do cargo de Prefeito. Justifica-se essa exceção porquanto o Vice-Prefeito somente desempenha suas atividades durante o afastamento do Prefeito. Quanto aos demais cargos eletivos, não se aplica essa espécie de afastamento.

Por sua vez, o afastamento para estudo ou missão no exterior também não se coaduna com a transitoriedade do provimento de cargo em comissão.

Em relação aos demais afastamentos que a Lei 8.112/90 denominou de concessões (um dia para doação de sangue; dois dias para se alistar como eleitor; oito dias consecutivos em razão de casamento ou falecimento do cônjuge, companheiro, pais, madrasta ou padrasto, filhos, enteados, menor sob guarda ou tutela e irmãos), diante da compatibilidade entre o exercício do cargo em comissão e essas concessões, aplicam-se aos servidores comissionados.

Por fim, entre os demais afastamentos previstos na Lei n.º 8.112/90 (para participar de programa de treinamento regularmente instituído; para o júri e outros serviços obrigatórios por lei; por deslocamento para nova sede, remoção, redistribuição, requisição ou cessão; para participar de competição desportiva nacional ou integrar representação esportiva nacional; e para servir organismo internacional), são compatíveis com o exercício de cargos em comissão apenas o afastamento no caso do júri e outros serviços obrigatórios por lei.

6.7 Responsabilidade por quebra dos deveres funcionais

A Lei n.º 8.112/90 enumera um conjunto de deveres dos servidores (art. 116) e elenca uma série de proibições (art. 117). A transgressão pela violação dos deveres funcionais e às proibições dispostas na lei dá margem à responsabilização administrativa do servidor.

O normal para o ocupante de cargo em comissão é a exoneração livre e imotivada. Contudo, a exoneração não livra ele da obrigação de reparar o dano causado ao serviço público, razão pela qual deve prosseguir o processo ou procedimento administrativo disciplinar, finalizando com a aplicação da sanção ao ocupante do cargo, impondo-lhe multa, para ressarcir eventual dano, ou mesmo concluindo pela prática de crime, hipótese na qual cópia dos autos deverão ser encaminhados à Polícia Civil para a devida apuração.¹⁴⁸

Nesse sentido, Lúcia Valle Figueiredo asseverava que:

Todavia, não se pense que se, no curso do processo, o funcionário se exonerar, esvaziar-se-á o processo administrativo. De forma alguma; o procedimento deverá prosseguir, pois as penas administrativas – como, por exemplo, impossibilidade de ocupar função pública (arts. 135, 136 e 137 da Lei 8.112/90 e, também, Lei 8.429, de 2.6.1992) – deverão ser aplicadas.¹⁴⁹(grifo do autor)

As penalidades previstas na Lei n.º 8.112/90 são as seguintes: advertência; suspensão, conversível em multa; demissão; cassação de aposentadoria ou disponibilidade; destituição de cargo em comissão; e, destituição de função comissionada (art. 127).

Todas as penalidades são aplicáveis tão somente após um procedimento apurador – com garantia de ampla defesa, que será sindicância ou, obrigatoriamente, o processo administrativo, se a sanção aplicável for suspensão acima de 30 dias, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão ou função comissionada (art. 143, combinado com o art. 146).

¹⁴⁸ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Servidores públicos*. 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2015. p. 47.

¹⁴⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. com as Emendas 19 e 20 de 1998, São Paulo: Malheiros, 2000. p. 545, grifo do autor.

Cumpra anotar que a penalidade de destituição de cargo em comissão é de competência da mesma autoridade que fez a nomeação (art. 141, IV), e, quando incidente sobre quem não seja titular de cargo efetivo, dar-se-á nas mesmas hipóteses em que ensejam as penalidades de suspensão ou demissão (art. 135). Além disso, a aplicação dessa penalidade traz outras consequências, tais como: impede nova nomeação no serviço público federal, por cinco anos, no caso de revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo; implica incompatibilidade absoluta para retornar ao serviço público federal, no caso de caracterização de crime contra a Administração Pública, improbidade administrativa, aplicação irregular de dinheiros públicos, lesão aos cofres públicos, dilapidação do patrimônio nacional e corrupção; a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, nos casos restar caracterizada a aplicação irregular de dinheiros públicos, lesão aos cofres públicos, dilapidação do patrimônio nacional e corrupção (arts. 132, 136 e 137). Tratando-se de titular de cargo efetivo, sofrerá as sanções correspondentes à gravidade da falta em que incidiu, com os correlatos efeitos.

A medida disciplinar para as faltas sancionáveis com destituição do cargo em comissão, prescrevem em 5 anos contados da data em que a infração foi conhecida. Caso a infração também for capitulada como crime, aplicam-se os prazos prescricionais previstos na lei penal, nos termos do art. 142 da Lei 8.112/90. As penalidades de advertência e suspensão prescrevem, respectivamente, em 180 dias e em 2 anos.¹⁵⁰

A ação civil por responsabilidade do servidor por danos causados ao erário prescreve em 5 anos quando não houver má-fé, contados a partir do término do mandato do governante em cujo período foi praticado o ato danoso.

Insta não olvidar que, além da responsabilidade administrativa, o desatendimento dos deveres funcionais pode suscitar também responsabilização civil e penal do servidor (art. 121 da Lei 8.112/90).

¹⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed. rev. atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 330.

6.8 Do regime de previdência social

O servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão, apesar da submissão ao regime jurídico estatutário, vincula-se ao regime geral de previdência social, por expressa determinação do art. 40, §13, da Constituição (redação dada pela Emenda Constitucional n.º 20/98). O Regime Geral de Previdência Social, previsto no art. 201 e seguintes da Carta da República, em tudo igual ao do trabalhador privado, está disciplinado pela Lei n.º 8.212, de 24.7.1991.

Flávio Germano de Sena Teixeira afirma que:

[...] Como aquele que ocupa exclusivamente cargo em comissão, cujo provimento é transitório, retornará, mais dia menos dia, ao setor privado, pelo menos é o que se presume, entendeu o legislador, deveria contribuir para o Regime Geral, porque será deste que obterá no futuro amparo previdenciário e não do regime próprio dos servidores públicos efetivos. Tanto é esse o pressuposto fático da norma que do seu espectro foram alijadas as titularizações de cargos comissionados por quem também detenha cargo de provimento efetivo.¹⁵¹

A referência ao servidor ocupante exclusivamente de cargo em comissão constante no art. 40, §13, da Constituição, tem por objetivo distinguir essa situação daquela em que o servidor ocupa cargo em comissão, mas é titular de cargo efetivo nos quadros da Administração.¹⁵² Neste caso, o servidor permanecerá vinculado ao respectivo regime próprio de previdência de que trata o art. 40, devendo a este serem vertidas suas contribuições durante o período em que exercer o cargo em comissão.¹⁵³

¹⁵¹ TEIXEIRA, Flávio Germano de Sena. *O controle das aposentadorias pelos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 113-114.

¹⁵² Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Servidores públicos na Constituição Federal*/Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta, Luciano de Araújo Ferraz – 3. ed.- São Paulo: Atlas, 2015, p. 192) e José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22ª ed. rev. ampl. e atualizada até 10/07/2009, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.p. 650).

¹⁵³ Lembra-se que, muitas vezes, os Municípios não instituem regimes próprios de previdência, adotando o Regime Geral de Previdência Social. Em tais situações, os servidores públicos municipais titulares de cargos efetivos (regime estatutário) estão obrigatoriamente vinculados ao Regime Geral de Previdência Social. Essa possibilidade existe em razão do legislador federal, amparado no art. 195, II, da Constituição (com a redação imprimida pela Emenda Constitucional n.º 20/98), ter previsto como segurado obrigatório da Previdência Social o servidor civil ocupante de cargo efetivo ou o militar da União, dos Estados e do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como das respectivas autarquias e

Nessa linha, é a decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

Constitucional. Tributário. Contribuição previdenciária. Municípios. Servidores ocupantes de exclusivamente de cargo em comissão, cargo temporário, ou emprego público. Servidores ocupantes de cargo efetivo. Existência de regime próprio de previdência. Inconstitucionalidade. Lei nº 9.717/98. Art. 40, §13, da Constituição Federal acrescentado pela Emenda Constitucional nº 20/98. Art. 13, da Lei nº 8.212/91. Regime Geral da Previdência Social. Possibilidade.

1. Encontrando-se os servidores ocupantes de cargos efetivos vinculados a regime previdenciário próprio, instituído antes da edição da Emenda Constitucional nº 20/98, fica o mesmo desobrigado do recolhimento da contribuição destinada ao Instituto Nacional do Seguro Social, nos termos do art. 40, da Constituição Federal.
2. O §13, do art. 40, da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 20/98, ao estabelecer que o servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão, bem como de outro cargo temporário ou emprego público, encontra-se vinculado ao regime geral de previdência social não afronta nenhum princípio constitucional. Precedentes do Plenário do Eg. Supremo Tribunal Federal no julgamento da cautelar da ADIn nº 2.024/DF e desta Corte Regional Federal.
3. Nos termos do art. 149, parágrafo único da Constituição Federal, Município pode instituir regime previdenciário próprio para os seus servidores efetivos.
4. A Lei nº 9.717/98, norma de caráter geral, foi editada visando a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário. Apelação e remessa oficial parcialmente providas. (TRF 1ª Região, AC 2001.38.00.013903-9/MG, 4ª Turma, Rel. Des. Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, DJ 29.05.2003)

Frisa-se que o servidor aposentado pelo regime próprio ou pelo regime geral de previdência social, caso vier a ocupar cargo em comissão deverá contribuir para o Regime Geral de Previdência Social durante o período que permanecer no cargo.¹⁵⁴

fundações, desde que não amparados por regime próprio de previdência social (art. 13 da Lei n.º 8.212/1991 e art. 12 da Lei n.º 8.213/1991, ambos com redação dada pela Lei n.º 9.876/1999).

¹⁵⁴ Há entendimento no sentido de que o servidor ocupante de cargo em comissão, se já aposentado pelo regime estatutário, deveria contribuir para o regime previdenciário especial, e não para o regime geral, invocando-se como fundamento o fato de que aposentado daquela natureza ainda continua vinculado ao Poder Público. Contudo, consoante José dos Santos Carvalho Filho, o argumento é totalmente equivocado: a uma, porque não há mais qualquer vínculo estatutário; a duas, porque a investidura nessa hipótese é nova, vale dizer, instaura-se outra relação funcional sem qualquer relação com a anterior; e a três, porque a Constituição nada ressaltou nesse sentido. Assim, se um servidor aposentado vem a ocupar exclusivamente cargo em comissão, deve contribuir para o regime geral de previdência social, independentemente do regime jurídico sob o qual se aposentou anteriormente. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22ª ed. rev. ampl. e atualizada até 10/07/2009, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 649).

O Regime Próprio de Previdência Social previsto no art. 40 da Constituição, está disciplinado pela Lei n.º 9.717, de 27.11.1998 (alterada pela Lei n.º 10.887, de 18.6.2004), que dispõe sobre as regras gerais para a organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência social, mas não indica os riscos a serem cobertos por este regime previdenciário. Porém, determina que os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal” (art. 5º da Lei n.º 9.717, de 27.11.1998). Por conseguinte, a definição dos riscos cobertos pelo regime próprio de previdência ficará a cargo da legislação de cada ente federativo, tendo como limite os benefícios previstos para o regime geral de previdência social na Lei n.º 8.213/1991.

Os riscos cobertos pelo Regime Geral de Previdência Social são: doença, invalidez, morte, idade avançada, maternidade, desemprego involuntário, reclusão e morte, sem prejuízo de outros previstos em lei. Logo, os benefícios do Regime Geral de Previdência Social são: aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de serviço, aposentadoria especial, auxílio doença, salário família, salário maternidade, auxílio acidente, pensão por morte, auxílio reclusão, serviço social e reabilitação profissional (art. 18 da Lei 8.213/1991).

O servidor comissionado tem direito a todos os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, exceto o seguro desemprego por ocasião de sua exoneração, pois essa garantia social não foi estendida aos ocupantes de cargos públicos pelo artigo 39, §3º, da Constituição.

Nesse diapasão, é a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementada:

ADMINISTRATIVO. SEGURO-DESEMPREGO. VERBA DE CARÁTER TRABALHISTA. OCUPANTE DE EMPREGO PÚBLICO EM COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. Os servidores ocupantes de emprego público em comissão não fazem jus ao seguro-desemprego, eis que tal benefício, próprio do regime celetista, não está elencado entre os direitos garantidos aos servidores ocupantes de cargo público pelo art. 39, § 3º da Constituição Federal de 1988. (AC 50436479420134047100 RS 5043647-94.2013.404.7100; Relatora: Des. Marga Inge Barth Tessler, Órgão Julgador: Terceira Turma, Julgamento: 30.4.2014, Publicação: D.E 05.5.2014)

Outra polêmica cerca a aplicação da licença gestante à servidora ocupante de cargo em comissão, por ser o cargo de livre nomeação e exoneração. Embora não se possa falar em estabilidade dos ocupantes de cargos em comissão, a jurisprudência tem trilhado no sentido de existir uma estabilidade especial ou provisória para a servidora em licença gestante, pois a Constituição estendeu expressamente essa garantia social às titulares de cargos públicos (art. 7º, XVIII, e art. 39, §3º). Durante o período que varia desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, a servidora não poderá ser exonerada (art. 10, II, “b”, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias).

Esse tem sido o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, consoante as ementas das decisões abaixo transcritas:

Servidora pública gestante ocupante de cargo em comissão - Estabilidade provisória (ADCT/1988, art. 10, II, b) - Convenção OIT 103/1952 - Incorporação formal ao ordenamento positivo brasileiro (Dec. 58.821/1966) - Proteção à maternidade e ao nascituro - Desnecessidade de prévia comunicação do estado de gravidez ao órgão público competente - Recurso de agravo improvido. - O acesso da servidora pública e da trabalhadora gestante à estabilidade provisória, que se qualifica como inderrogável garantia social de índole constitucional, supõe a mera confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao órgão estatal competente ou, quando for o caso, ao empregador. Doutrina. Precedentes. - As gestantes - quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), mesmo aquelas ocupantes de cargo em comissão ou exercentes de função de confiança ou, ainda, as contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inc. IX do art. 37 da Constituição, ou admitidas a título precário - têm direito público subjetivo à estabilidade provisória, desde a confirmação do estado fisiológico de gravidez até cinco (5) meses após o parto (ADCT, art. 10, II, b), e, também, à licença-maternidade de 120 dias (CF/1988, art. 7.º, XVIII c/c o art. 39, § 3.º), sendo-lhes preservada, em consequência, nesse período, a integridade do vínculo jurídico que as une à Administração Pública ou ao empregador, sem prejuízo da integral percepção do estipêndio funcional ou da remuneração laboral. Doutrina. Precedentes. Convenção OIT 103/1952. - Se sobrevier, no entanto, em referido período, dispensa arbitrária ou sem justa causa de que resulte a extinção do vínculo jurídico-administrativo ou da relação contratual da gestante (servidora pública ou trabalhadora), assistir-lhe-á o direito a uma indenização correspondente aos valores que receberia até cinco (5) meses após o parto, caso incorresse tal dispensa. Precedentes. (STF, AgRg no RE 634.093 – Distrito Federal, Relator: Min. Celso de Mello, DJe 7/12/2011)

RECURSO ORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA DESIGNADA EM CARÁTER PRECÁRIO. EXONERAÇÃO DURANTE A GESTAÇÃO. LICENÇA-MATERNIDADE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 7º, XVIII, DA CONSTITUIÇÃO. ART. 10, II, "B", DO ADCT. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. VALORES POSTERIORES À IMPETRAÇÃO. SÚMULAS 269 E 271/STF. PRECEDENTES. 1. As servidoras públicas, incluídas as contratadas a título precário, independentemente do regime jurídico de trabalho, possuem direito à licença-maternidade e à estabilidade provisória, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, consoante dispõem o art. 7º, XVIII, da Constituição Federal e o art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, sendo a elas assegurada indenização correspondente às vantagens financeiras pelo período constitucional da estabilidade. Precedentes. 2. O mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito à impetração, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial adequada, em razão da incidência do teor das Súmulas 269 e 271 do STF. 3. Recurso ordinário parcialmente provido para assegurar à impetrante o direito à percepção da indenização substitutiva, correspondente à remuneração devida a partir da data da impetração do mandamus até o quinto mês após o parto. (STJ, RMS nº 26.069/MG, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 01.6.2011)

Consoante disposição do art. 72, §1º, da Lei n.º 8.213/91, a remuneração da servidora comissionada durante a licença gestante será custeada pelo próprio órgão ou entidade pública a que está vinculada que, a seu turno, efetivará, junto ao INSS, a compensação, quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados.

Por outro lado, com relação à licença para tratamento de saúde não há qualquer impedimento legal para a exoneração do servidor comissionado durante o seu gozo. Uma interpretação literal da lei poderia até levar a uma conclusão equivocada de que servidor comissionado, vinculado ao Regime Geral de Previdência Social, teria direito à estabilidade provisória correspondente ao período da licença saúde. Vale observar os dispositivos da Lei n.º 8.213/1991, que regulamenta os planos de benefícios do Regime Geral de Previdência Social:

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Art. 63. O segurado empregado em gozo de auxílio-doença será considerado pela empresa como licenciado.

Parágrafo único. A empresa que garantir ao segurado licença remunerada ficará obrigada a pagar-lhe durante o período de auxílio-doença a eventual diferença entre o valor deste e a importância garantida pela licença.

Com efeito, se considerados isoladamente os dispositivos legais acima transcritos, é possível cogitar de estabilidade provisória ao servidor público comissionado. Contudo, não se pode esquecer que cargos em comissão são aqueles declarados em lei de livre nomeação e exoneração, cujas atribuições (direção, chefia e assessoramento) pressupõem sejam exercidas por pessoa de confiança da autoridade nomeante, sendo patente, assim, a natureza precária da investidura (art. 37, incisos II e V, da Constituição). Portanto, a legislação infraconstitucional deve ser interpretada consoante as normas constitucionais, não podendo outorgar aos titulares de cargos em comissão garantias incompatíveis com a natureza transitória e precária do provimento, sob pena de desvirtuar a natureza do cargo. A estabilidade provisória do servidor comissionado deve restringir-se às hipóteses previstas na própria Carta da República (art. 39, § 3º), ou seja, nos casos de licenças à gestante (art. 7º, inciso XVIII c/c art. 10, inciso II, alínea “b”, do ADCT) e paternidade (art. 7º, inciso XIX art. 10, § 1º, do ADCT). Essa interpretação é consentânea com o tratamento excepcional dispensado pelo constituinte ao cargo em comissão, visto que a regra é a obrigatoriedade de concurso público para o provimento efetivo de cargos públicos.

Pelo exposto, conclui-se que o servidor comissionado poderá ser exonerado a qualquer momento durante o gozo de auxílio doença, pois a possibilidade da livre exoneração é própria do provimento em comissão. Nesta hipótese, terá direito ao recebimento das verbas rescisórias, devidas até a data da exoneração, e continuará a perceber o auxílio-doença pelo Instituto Nacional de Seguro Social - INSS, até o restabelecimento de sua saúde, eis que, para a percepção desse benefício previdenciário, não se exige a manutenção do vínculo empregatício, mas tão somente o cumprimento de prazo de carência. Este é o entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. CARGO EM COMISSÃO. EXONERAÇÃO DURANTE LICENÇA-SAÚDE. POSSIBILIDADE. ART. 37, II, DA CF. COMPLEMENTAÇÃO ATÉ O VALOR DA REMUNERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 40, 13, DA CF. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. Cuida-se de

recurso ordinário interposto contra acórdão que denegou a ordem em writ, no qual se postulava a ilegalidade da exoneração de cargo em comissão no curso de licença-saúde, bem como a retribuição pelo erário estadual de complementação do auxílio-doença de modo a atingir a remuneração do cargo antes ocupado. 2. A nomeação para os cargos em comissão, consignados como de livre provimento por força do art. 37, II, da Constituição Federal, em via de regra, não confere estabilidade - sequer relativa - a seus ocupantes; portanto, infere-se que a exoneração é também despida de tais restrições. Precedente: RMS 25.138/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 30.6.2008. 3. Por força do art. 40, §13, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional n. 20/98, os ocupantes de cargos em comissão estão vinculados ao Regime Geral de Previdência Social; logo, a licença-saúde será fruída somente sob a percepção de auxílio-doença, não existindo amparo legal para a complementação pretendida. Precedente: RMS 18.134/PB, Rel. Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, DJ 21.11.2005, p. 298. Recurso ordinário improvido. (STJ, RMS 33859 RS 2001/0033231-0, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, Julgamento 11.11.2011, DJe 11.11.2011)

Para o servidor vinculado ao Regime Próprio de Previdência Social, como visto a Lei n.º 9.717/1998 não especifica os riscos cobertos, porém se presume que estão acobertadas a invalidez, a idade e a morte, pois o art. 40, §§1º e 7º, da Constituição, trata das três modalidades de aposentadoria (por invalidez, compulsória e voluntária) e da pensão por morte. Insta lembrar que muitos dos benefícios atendidos pelo Regime Geral de Previdência Social, como auxílio-doença, auxílio-funeral, licença-maternidade, dentre outros, constituem, para os servidores vinculados ao regime próprio de previdência, encargo que o Estado assume, independentemente de contribuição, conforme previsto nas respectivas normas estatutárias.¹⁵⁵

Por fim, retornando à análise dos direitos dos servidores ocupantes de cargos em comissão regidos pela Lei n.º 8.112/90, verifica-se que das licenças previstas nos artigos 202, 207, 208, 210 e 211 (licenças para tratamento de saúde, gestante, adotante, paternidade, por acidente em serviço), apenas a licença paternidade não encontra similar no Regime Geral de Previdência Social. Todavia, considerando que se trata de encargo do Poder Público, que independe de contribuição, e a lei não especifica qual espécie de servidor tem direito a ela, entende-se que é aplicável aos ocupantes de cargos em comissão. No tocante as demais

¹⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Servidores públicos na Constituição Federal*/Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta, Luciano de Araújo Ferraz. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 189.

licenças, por possuírem correlatas na legislação que rege o Regime Geral de Previdência Social, deverão ser concedidas nos moldes da legislação previdenciária.

Findas as considerações a respeito do regime de previdência dos servidores comissionados, concluiu-se o estudo do regime jurídico dos cargos em comissão. Desse modo, pode-se, doravante, adentrar no ponto crucial desse trabalho, que consiste em conhecer os abusos e desvios cometidos na criação de cargos em comissão e os limites impostos pelo constituinte a fim de coibir essas práticas tão prejudiciais à consecução de uma Administração Pública democrática, imparcial e eficiente.

7 DO CONTEXTO DOS CARGOS EM COMISSÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

No início desse trabalho foram feitas breves considerações a respeito das diversas formas de acesso aos cargos públicos adotadas ao longo da história (sorteio, compra e venda, herança, arrendamento, eleição, livre nomeação e concurso público). Pôde-se observar que as primeiras formas de acesso aos cargos públicos (compra e venda, herança, arrendamento e livre nomeação) demonstram que, desde os primórdios da Administração Pública, os postos públicos eram tratados como prebendas e sinecuras.

No Brasil não foi diferente. A Administração Pública brasileira surgiu na fase patrimonialista, com a colonização portuguesa. Tinha como característica o nepotismo, a corrupção e apropriação dos cargos públicos por seus ocupantes livremente nomeados pelos detentores do poder. A coisa pública se confundia com o privado, ou seja, com o patrimônio dos governantes. O filhotismo triunfante e o patronato¹⁵⁶ alimentavam o funcionamento do próprio Estado, sendo desde a época do Império já se denunciavam os malefícios desse sistema de nomeações por troca de favores.¹⁵⁷ Esse modelo patrimonialista vigorou desde o período colonial estendendo-se até a década de 1930.

O modelo de Administração Pública burocrática nasceu para romper com o paradigma anterior e defender a sociedade contra o poder arbitrário do soberano e combater a corrupção e nepotismo inerentes ao patrimonialismo. A burocracia enfatiza o controle dos processos de decisão por meio de uma hierarquia funcional rígida, baseada em princípios de profissionalização e formalismo. Há a profissionalização do funcionário burocrático, que exerce o cargo técnico em razão de sua competência, comprovada por processo de seleção.

A primeira tentativa de implantação do modelo burocrático no Brasil se deu na década de 30. Houve, nesse período, a criação das primeiras carreiras para funcionários públicos e a realização dos primeiros concursos públicos, efetuados no

¹⁵⁶ Sistema segundo o qual o critério das nomeações não era a capacidade ou a prova de competência, mas a mera proteção política, o “pistolão”.

¹⁵⁷ Confira, a respeito do tema, o livro: CANDIDO, Antonio. *Um funcionário da monarquia. Ensaio sobre o segundo escalão*. 2ª rev..Rio de Janeiro: Ouro sobre Azul, 2007.

Governo Vargas. Entretanto, como se pôde ver ao analisar as formas de acesso aos cargos públicos na Constituição de 1934, o concurso público era aplicável a situações específicas para as quais houvesse exigência legal e para os cargos iniciais de carreira.

É evidente que, a partir da implantação do modelo burocrático no Brasil, houveram importantes avanços no ordenamento jurídico que implicaram na redução das práticas patrimonialistas na Administração Pública, especialmente com a Constituição de 1988 que consagrou os princípios gerais da Administração Pública (art. 37, caput) e privilegiou a ampla acessibilidade aos cargos e empregos públicos por intermédio da obrigatoriedade do concurso público para investidura em qualquer cargo ou emprego público (art. 37, II). Todavia, essas práticas perniciosas ainda estão presentes em nossa sociedade, especialmente no exercício do poder discricionário do qual se valem maus gestores públicos para cometer arbitrariedades, excessos, desvios e favoritismos pessoais e políticos.

Hodiernamente são corriqueiras as notícias sobre abusos, ilegalidades e desvios de finalidade na utilização de cargos em comissão. Alguns administradores públicos utilizam-se desses cargos para a nomeação disfarçada de parentes (nepotismo cruzado), acomodação de apaniguados políticos, satisfação de interesses pessoais e partidários em prejuízo do interesse público, bem como servir de moeda de troca para composição da base aliada do agente político. Para satisfazer esses interesses espúrios, criam-se cargos em comissão em quantidade excessiva e claramente desproporcional às reais necessidades do órgão; rotulam-se cargos como sendo de direção, chefia e assessoramento, mas com atribuições típicas de cargos efetivos e que não pressupõem qualquer vínculo de confiança com a autoridade nomeante, como verdadeira forma de burlar o princípio do concurso público; e, ainda, nomeiam para cargos de confiança pessoas totalmente despreparadas e sem qualquer aptidão para desempenhar as atribuições do cargo para o qual foi nomeada.

O excesso de cargos em comissão é gritante quando se olha para a pesquisa feita pelo IBGE em 2013, intitulada Perfil dos Estados Brasileiros, na qual constatou-se que a Administração Pública direta e indireta dos estados brasileiros possui um total de 115.589 servidores comissionados, sem considerar os 5.570

municípios brasileiros.¹⁵⁸ Segundo dados do Ministério Planejamento, publicados em setembro de 2015, a União (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, Ministério Público da União, empresas estatais dependentes da União) possui 35.670 cargos em comissão¹⁵⁹. É um descalabro quando comparado, por exemplo, com a quantidade de cargos de livre nomeação no Governo Federal dos Estados Unidos, que possui um total de 7.521 cargos.¹⁶⁰

Esses desmandos administrativos por parte de alguns gestores públicos, tem levado os órgãos de controle externo à Administração Pública (Tribunais de Contas, Ministério Público e o Poder Judiciário) a exercer um controle cada vez mais rígido sobre a criação de cargos em comissão, especialmente por parte dos municípios brasileiros.

¹⁵⁸ IBGE. Pesquisa de informações básicas estaduais. Perfil dos Estados Brasileiros 2013. Rio de Janeiro: IBGE, 2014.

¹⁵⁹ Disponível em: www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/servidor/publicacoes/dados_1do/anexo_iii-tab1-cargos_comissao_fc-pexec.pdf

¹⁶⁰ Mais informações sobre cargos de livre nomeação no Governo Federal dos Estados Unidos estão descritas nas páginas item 2.2 deste trabalho.

8 DOS LIMITES CONSTITUCIONAIS NÀ CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO

Nesse capítulo, busca-se resposta à pergunta crucial que deu origem ao presente trabalho, qual seja: quais são os limites constitucionais à criação dos cargos em comissão pela Administração Pública?

A falta de clareza acerca desses limites decorre do fato de a Constituição utilizar-se de conceitos vagos na delimitação das hipóteses nas quais autoriza a criação de cargos em comissão de livre nomeação e exoneração (art. 37, V), conceitos esses que comportam interpretações mais ou menos abrangentes em sua aplicação. Caberá à lei de criação do cargo em comissão integrar o comando constitucional, sujeitando-se posteriormente a controle jurisdicional.

Ocorre que essa margem de discricionariedade conferida pela norma tem gerado enormes problemas de ordem jurídica. Por um lado, estão os abusos e arbitrariedades cometidos por administradores públicos na utilização de cargos em comissão e, por outro, depara-se com a atuação, por parte de alguns órgãos de fiscalização e controle, pautada por critérios meramente subjetivos no exercício do controle de constitucionalidade das leis de criação desses cargos.

Esse quadro desperta preocupação porque se deve combater as arbitrariedades e desvios no exercício das funções administrativa e legislativa do Estado, mas nessa tarefa não se pode afastar daquilo que é essencial no Estado de Direito, ou seja, a segurança jurídica.

Hans Kelsen afirma que o princípio do Estado de Direito é, no essencial, o princípio da segurança jurídica, que se traduz em vincular as decisões dos casos concretos a normas gerais, que não de ser criadas de antemão pelo órgão legislativo central.¹⁶¹

Noberto Bobbio, referindo-se ao princípio da segurança, afirma que:

Por certeza do direito entende-se, o mais das vezes, a determinação, de uma vez para sempre, dos efeitos que o ordenamento jurídico atribui a um certo tipo de ato ou fato, de modo que o cidadão esteja apto a saber, com antecipação, as consequências da própria ação e

¹⁶¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*/Hans Kelsen; tradução João Baptista Machado. – 8ª ed. – São Paulo: Editora WRF Martins Fontes, 2009. p. 279.

de regular-se, consabidamente, de conformidade com as normas estabelecidas.¹⁶²

Contudo, consoante Márcio Cammarosano, essa certeza do direito, essa segurança, não é um apanágio apenas do cidadão, mas de todos os que se submetem à ordem jurídica nacional, inclusive agentes públicos, aí incluídos também os agentes políticos. Desse modo, o autor defende que “Administrados e administradores devem, igualmente, ter condições de saber, com antecipação, as consequências jurídicas da própria ação”.¹⁶³

Assim, na interpretação e aplicação dos limites à criação de cargos em comissão, todos (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, Tribunais de Contas e Ministério Público) devem ter todo o cuidado para respeitar sempre o conteúdo da Constituição tal como é, e não como se gostaria que fosse.

Passa-se, assim, ao estudo dos limites constitucionais na criação de cargos em comissão pela Administração Pública.

8.1 Da criação de cargos em comissão

Um dos limites impostos pela constituinte para criação de qualquer cargo público é a observância do princípio da legalidade. Em regra, os cargos públicos só podem ser criados por lei. A Constituição Federal assevera que os cargos em comissão são apenas aqueles declarados em lei de livre nomeação e exoneração. Dessa afirmação decorre a inadmissibilidade de criação de tais cargos por qualquer outra espécie normativa que não seja a lei em sentido formal, ressalvados os cargos que pertencem ao quadro de pessoal do Legislativo a serem criados por resolução.

Mas não é só. O constituinte estabeleceu uma série de condições para a apresentação do projeto de lei que visa a criação de cargos públicos. Uma delas é a iniciativa privativa para apresentação do projeto de lei, qual seja:

¹⁶² Tradução de Sérgio de Andréa Ferreira (FERREIRA, Sérgio de Andréa. O princípio da segurança jurídica em face das reformas constitucionais. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 334, p. 191-209, abr./jun. 1996; apud CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade administrativa e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 33.

¹⁶³ CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade administrativa e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 33-34.

a) para cargos do Poder Executivo, exige-se lei de iniciativa privativa do Presidente da República, dos Governadores e dos Prefeitos Municipais, dentro dos limites de suas competências, abrangendo a administração direta e suas autarquias, nos termos dos artigos 48, inciso X, e 61, II, alínea “a” da Constituição;¹⁶⁴

b) para cargos do Poder Legislativo, exige-se resolução de iniciativa da respectiva Casa Legislativa, conforme disposto no artigo 48, combinado com os artigos 51 e 52 da Constituição Federal, lembrando-se que a remuneração deve ser fixada por lei específica de iniciativa privativa do Legislativo;¹⁶⁵

c) para de cargos do Poder Judiciário, exige-se lei de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores e Tribunais de Justiça, consoante o disposto no artigo 96, inciso II, alínea “b”, da Constituição Federal;

d) para a cargos do Ministério Público da União e Ministério Público dos Estados, exige-se lei de iniciativa, respectivamente, do Procurador Geral da República e do Procurador Geral de Justiça, uma vez que a Constituição assegurou às essas instituições autonomia funcional e administrativa, nos termos do artigo 127, §2º;

e) para a criação de cargos junto aos Tribunais de Contas, exige-se lei de iniciativa do respectivo Presidente do Tribunal, já que a Constituição também assegurou às Cortes de Contas a prerrogativa de propor ao Poder Legislativo

¹⁶⁴ As matérias disciplinadas pela Constituição Federal em seus artigos 48, inciso X, e 61, II, alínea “a”, são normas de repetição obrigatórias, ou seja, devem constar nas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas.

¹⁶⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que “a criação de cargos auxiliares do Legislativo, a teor dos arts. 51, IV e 52, XIII, é de competência privativa da Câmara ou do Senado, conforme o caso; isto é, *independe de participação do Executivo*. Faz-se por resolução, e não por lei, já que na elaboração desta há necessariamente interferência do Executivo, através da ‘sanção’ ou ‘do veto’, conquanto este último seja superável por votação da maioria qualificada do Legislativo. A razão dos dispositivos em questão, pois, seria e era, até o advento do ‘Emendão’, assegurar a independência do Legislativo, propiciando-lhe que se instrumentasse, conforme lhe parecesse adequado, ao cumprimento de suas funções, já que, a toda evidência, o bom desempenho delas está relacionado com o apoio de seus serviços auxiliares. Pretendia-se, então, evitar interferências do Executivo na matéria, para que este não tivesse forma de tentar amesquinhar os recursos humanos necessários ao Legislativo ou meio de impor ‘barganhas’ quanto a isto. Desde o ‘Emendão’, contudo, com a mudança da redação dos preceptivos mencionados, estes se tornaram puramente rituais. É que a *fixação dos vencimentos de tais cargos*, condição para que possam de fato existir e ser preenchidos, *depende de lei*. Assim, os fautores do ‘Emendão’ e os congressistas que docilmente votaram a alteração dos arts. 51, IV, e 52, XIII, eliminaram o único sentido dos versículos referidos, em detrimento da autonomia do Poder Legislativo e em favor de sua notória e crescente submissão ao Executivo.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed. rev. atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 259)

respectivo a criação de cargos de seus serviços auxiliares, de acordo com o art. 73, combinado com o art. 96, inciso II, alínea b.

Além de respeitar a iniciativa privativa, o projeto de lei que visa a criação de cargos públicos deve atender ainda o disposto no §1º do art. 169 da Constituição Federal e também às determinações da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000). Assim, consoante ensina Fabrício Motta, a criação de cargos públicos, inclusive de cargos em comissão, está condicionada ao cumprimento dos seguintes requisitos de ordem orçamentária e financeira:¹⁶⁶

- a) prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes (CF, art. 169, §1º);
- b) autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias (CF, art. 169, §1º);
- c) estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes (arts. 16 e 17 da Lei Complementar n.º 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF);
- d) origem dos recursos para o custeio (art. 17, §1º, da LRF);
- e) comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa (art. 17, §2º, da LRF);
- f) declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias (arts. 16, 17 e 21 da LRF).

Observadas essas condições, o projeto de lei que cria cargos em comissão deve definir, outrossim, a quantidade de cargos criados, o vencimento do cargo, denominação (ex.: Diretor de Departamento, Chefe de Gabinete, Assessor Superior, etc), atribuições (que devem estar restritas às atividades de direção, chefia e

¹⁶⁶ MOTTA, Fabrício. Cargos, empregos e funções públicas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Servidores públicos na Constituição Federal*/ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta, Luciano de Araújo Ferraz. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 17.

assessoramento) e eventuais requisitos especiais para a investidura no cargo (ex.: grau de escolaridade, experiência profissional, etc.), conforme se verá mais adiante.

Por fim, para se evitar equívocos corriqueiros, é mister esclarecer que os cargos em comissão são permanentes, pois instituídos por lei. Apenas o seu provimento é precário. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles explica que:

A instituição de tais cargos é permanente, mas o seu desempenho é sempre precário, pois quem os exerce não adquire direito à continuidade na função, mesmo porque a exerce por confiança do superior hierárquico; daí a livre nomeação e exoneração.¹⁶⁷

Em outras palavras, significa dizer que os cargos em comissão são criados para atender necessidades permanentes da Administração Pública (daí porque o cargo é permanente e não transitório/temporário) que implicam no exercício de atribuições (direção, chefia e assessoramento) que só podem ser exercidas por pessoas de confiança das autoridades superiores (daí porque o seu provimento é precário, pois o seu titular somente deve permanecer no cargo enquanto gozar da fideducia da autoridade superior). Transitória, portanto, é a permanência do servidor escolhido, não o cargo que é criado por lei.¹⁶⁸

Cumprе salientar que a extinção de cargos públicos, de provimento efetivo ou em comissão, depende de lei específica que deverá dispor sobre quantos e quais cargos serão extintos. A iniciativa privativa para projeto de lei que visa a extinção de cargos públicos, é a mesma prevista para a sua criação.¹⁶⁹ No entanto, com relação ao Poder Executivo, os cargos públicos poderão ser extintos “na forma da lei”, pelo Chefe deste Poder, conforme prevê o art. 84, XXV, da Constituição. Isto significa que a lei pode enunciar termos, condições e especificações, no interior dos quais procederá o Chefe do Executivo. Nas mesmas condições, poderá o Chefe do Poder

¹⁶⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*/ Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. 42 ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 394.

¹⁶⁸ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Servidores públicos*. 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2015. p. 38.

¹⁶⁹ O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou nesse sentido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1521/RS.

Executivo “declarar-lhes a desnecessidade” com fundamento no §3º do art. 41 da Constituição, caso em que seus preenchimentos ficarão como que desativados.¹⁷⁰

Como visto, outro limite imposto na criação dos cargos em comissão diz respeito às suas atribuições, que devem se destinar apenas às atividades de direção, chefia e assessoramento. Desta forma, o tópico que se inicia tratará, entre outras coisas, de desvendar cada uma dessas atribuições na Administração Pública e examinar os posicionamentos da doutrina e da jurisprudência acerca do tema.

8.1.2 Das atribuições de direção, chefia e assessoramento

A Constituição Federal é clara ao dispor que os cargos em comissão se destinam apenas a atribuições de direção, chefia e assessoramento. Dispõem os incisos II e V do artigo 37:

Art. 37. [...] II- a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão em lei de livre nomeação e exoneração;
V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

É inegável que o dispositivo constitucional supracitado (art. 37, V) fixa limites materiais à criação de cargos em comissão, na medida em que delimita quais atribuições dentro da estrutura administrativa poderão ser cometidas a tais cargos. É dizer que a lei que cria cargos comissionados e lhes confere atribuições distintas das referidas encontra-se em descompasso com a Constituição, com vício de inconstitucionalidade material.

Insta reiterar que cargos públicos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência, criadas por lei, a serem expressadas por um agente. Assim, de acordo com o inciso V do art. 37 da Constituição, na criação de cargos em

¹⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed. rev. atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 309.

comissão, a lei somente poderá extrair do complexo de competências necessárias para o bom funcionamento do aparelho estatal aquelas que consistam num plexo indivisível de atribuições de direção, chefia e assessoramento que devam ser expressadas por um agente público de confiança da autoridade nomeante. Extrai-se daí a opção constitucional pelo caráter complementar - nunca substitutivo - dos cargos em comissão em relação aos cargos de provimento efetivo acessíveis por concurso.

Consoante Vanice Lírio do Valle, a Constituição opera a partir da presença concomitante na estrutura administrativa, mas em relação de complementariedade, entre cargos destinados a provimento permanente e providos por concurso, e aqueles de ocupação temporária, de livre nomeação e exoneração.¹⁷¹

Isso significa dizer que não se admite a criação de cargos em comissão para realização de atividades típicas de cargos de provimento efetivo, tampouco a extinção de cargos de provimento efetivo para substituição, total ou parcial, por cargos em comissão, em evidente burla ao princípio do concurso público. Nesse sentido é o seguinte julgado:

CONCURSO PARA PROVIMENTO DE CARGO PÚBLICO. PROCURADOR DO MUNICÍPIO. CARGO EM COMISSÃO. FRAUDE A LEI. RECURSO PROVIDO. Constitucional. Concurso municipal para cargo de Procurador do Município. Criação concomitante de cargo comissionado para a mesma função daquela exercida pelos candidatos que prestaram o concurso público, em detrimento dos mesmos. Burla ao princípio constitucional da obrigatoriedade do concurso público. Provimento do apelo. (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Cível n.º 2003.001.36220 – 11ª Câmara Cível. Relator: Des. HELENA BELC KLAUSNER – Julgamento: 15 de set. 2004).

Para se compreender o alcance dos limites em testilha, deve-se elucidar quais atribuições podem ser compreendidas dentro dos conceitos vagos utilizados no inciso V, do art. 37 da Constituição Federal – direção, chefia e assessoramento.

A princípio, observa-se que a utilização de conceitos vagos comumente dá-se quando é impossível prefixar qual acepção deve ser conferida para o atendimento da finalidade pública visada pela norma. Nesses casos, atribui-se ao intérprete a tarefa

¹⁷¹ VALLE, Vanice Lírio do. Cargos em comissão, seu caráter instrumental à boa administração e os respectivos limites constitucionais. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 7, n.81, nov. 2007. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=48352>. Acesso em: 20 de set. 2016.

de, à vista do caso concreto, precisar o significado da dicção legal. Especificamente no tocante aos cargos em comissão, caberá à respectiva lei de criação integrar o comando constitucional, estando sujeita a controle jurisdicional posterior.¹⁷²

Assim, para que a lei criadora de cargo comissionado seja compatível com a exceção disposta no art. 37, inciso V, da Constituição Federal, é imprescindível que preveja as atribuições do cargo, que terão de corresponder necessariamente à função de direção, chefia ou assessoramento. A ausência da descrição das atribuições do cargo na lei é incompatível com o sistema constitucional, pois inviabiliza a análise de burla ou não ao princípio da obrigatoriedade do concurso público previsto no art. 37, inciso II, da Carta da República. Da mesma forma, também padece de inconstitucionalidade material a lei que cria cargos em comissão cujas atribuições não correspondam às atividades de direção, chefia e assessoramento.¹⁷³

Essas duas situações já foram enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal nos seguintes julgados:

[...] Assim, para que a lei criadora de cargos comissionados se ajuste à exceção disposta no art. 37, inc. V, da Constituição da República, terá necessariamente de prever as atribuições dos cargos, as quais terão de corresponder à função de direção, chefia e assessoramento. Entendimento contrário resultaria em afronta sistemática ao art. 37, inc. II, da Constituição, pela deliberada omissão na lei criadora quanto às atribuições viabilizadoras da criação dos cargos. [...] (RE 752.769 AgR/SP, Relatora: Ministra Cármen Lúcia; Órgão Julgador: Segunda Turma; Julgamento: 08.10.2013). (grifo nosso)

[...]In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: “Ação Direta de Inconstitucionalidade – Leis Complementares ns.º 38 (de 06 de agosto de 2008), 45 (de 27 de julho de 2009), 55 (de 15 de março de 2010), do Município de Buritama (Dispõem sobre ‘criação de cargos de provimento em comissão) - Imprescindibilidade da descrição de atribuições para os cargos de assessoramento, chefia e direção. Afronta ao princípio da legalidade. Inconstitucionalidade declarada. Ação julgada procedente. 5. Embargos de declaração DESPROVIDOS. (STF - RE: 806436 SP, Relator: Min. Luiz Fux; Julgamento: 21/10/2014; Órgão Julgador: Primeira Turma; Publicação: 10/11q2014). (grifo nosso)

[...] É inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu

¹⁷² MOTTA, Fabrício. Regime jurídico dos cargos em comissão, Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 16, n. 184, p. 37-40, jun. 2016. p. 38.

¹⁷³ DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 41.

superior hierárquico, tais como os cargos de Perito Médico-Psiquiátrico, Perito Médico-Clínico, Auditor de Controle Interno, Produtor Jornalístico, Repórter Fotográfico, Perito Psicológico, Enfermeiro e Motorista de Representação. Ofensa ao artigo 37, II e V da Constituição Federal. (ADI nº 3.602, Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento: 14.04.2011, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-108). (grifo nosso)

[...] É necessário que a legislação demonstre, de forma efetiva, que as atribuições dos cargos a serem criados se harmonizam com o princípio da livre nomeação e exoneração. Caráter de direção, chefia e assessoramento. Precedentes do STF. 4. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE nº 656.666-AgR, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe, 05 mar. 2012). (grifo nosso)

Márcio Cammarosano ensina que:

[...]denominar cargos públicos como sendo de diretor, chefe ou assessor não lhes atribui, por si só, a natureza que os permita ser de provimento em comissão. Faz-se necessário examinar as atribuições a serem exercidas por seus titulares, pois cargos públicos consubstanciam plexos de competências. Se estas não forem de direção, chefia ou assessoramento, haverá descompasso entre a denominação e as atribuições inerentes ao mesmo, entre o rótulo e a substância. Estar-se-á diante de expediente artificioso, mal disfarçada burla à exigência constitucional de concurso.¹⁷⁴

Então, a pergunta que faz é: quais atribuições podem ser consideradas como sendo de direção, chefia e assessoramento para a criação de cargos em comissão?

O primeiro passo para buscar uma resposta a essa questão pode ser efetivado pela via da exceção, ou seja, pelo afastamento das atividades que não possuem um grau mínimo de direção, chefia ou assessoramento, tais como atividades meramente técnicas, burocráticas ou operacionais, sem necessidade alguma de que sejam desempenhadas por pessoa com vínculo de confiança.¹⁷⁵

Márcio Cammarosano assevera que não há lógica que justifique serem declarados de livre provimento e exoneração cargos como os de auxiliar

¹⁷⁴ CAMMAROSANO, Márcio. Cargos em comissão – Breves considerações quanto aos limites à sua criação. Interesse Público – IP Belo Horizonte, n. 38, ano 8 de Julho/Agosto 2006 Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49057>. Acesso em: 17 mar. 2015.

¹⁷⁵ MOTTA, Fabrício. Regime jurídico dos cargos em comissão, Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 16, n. 184, p. 37-40, jun. 2016. p. 38.

administrativo, fiscal de obras, enfermeiro, médico, desenhista, engenheiro, procurador e outros mais, de cujos titulares nada mais se pode exigir senão o escorreito exercício de suas atribuições, em caráter estritamente profissional, técnico, livre de quaisquer preocupações ou considerações de outra natureza.¹⁷⁶ Nesse mesmo sentido, é a decisão do Supremo Tribunal Federal:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 37, II E V. CRIAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. LEI 15.224/2005 DO ESTADO DE GOIÁS. INCONSTITUCIONALIDADE. É inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico, tais como cargos de Perito, Médico-Psiquiatra, Perito Médico-Clinico, Auditor de Controle Interno, Produtor Jornalístico, Repórter Fotográfico, Perito, Psicológico, Enfermeiro, e Motorista de Representação. Ofensa ao artigo 37, II e V da Constituição Federal. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos XI, XII, XIII, XVIII, XIX, XX, XXIV e XXV do art. 16-A da lei 15.224/2005 do Estado de Goiás, bem como o Anexo I da mesma lei, na parte em que cria os cargos em comissão mencionados. (STF-ADI 3602 GO; Relator: Ministro Joaquim Barbosa; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Julgamento 14/04/2011; Publicação: 07/06/2011)

O próximo passo para responder à questão posta deve ser dado buscando a aceção comum dos termos direção, chefia e assessoramento.

Direção é cargo de comando, de quem decide, emite ordens e é responsável imediato da diretoria onde desempenha suas competências legais, ou seja, tem sob a sua direção todas as chefias em exercício naquele órgão.

Por sua vez, a chefia também é um cargo de posto superior no escalonamento hierárquico, mas que exerce o comando apenas sobre um grupo de servidores, e não sobre o departamento como um todo. Tem o papel de liderar e organizar o trabalho de grupos de agentes públicos atuantes numa determinada área da repartição.

Em relação aos cargos comissionados de direção e chefia, Regis Fernandes de Oliveira ensina que:

A atribuição ligada a direção já impõe que se afaste qualquer possibilidade dos cargos normais de carreira. É o cargo de topo. É o que emite ordens. É o que decide. É a autoridade, e não apenas seu

¹⁷⁶ CAMMAROSANO, Márcio. *Provimento de cargos públicos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 96.

agente. Tem poder de comando. Diga-se o mesmo da atribuição de chefia. Só que, enquanto o diretor tem sob o seu comando toda uma repartição – ou seja, algumas chefias-, o chefe dirige um círculo menor, mais restrito. A saber: a gestão moderna pressupõe que os serviços sejam repartidos entre diversos funcionários. Cada qual tem sua esfera de competência própria; ou seja: cabe-lhe cuidar de determinados e específicos assuntos. O servidor reporta-se, em suas dúvidas e perplexidades, ao chefe, que dirige, pois, um grupo de funcionários subalternos. Alguns chefes formam uma diretoria. O que importa, no entanto, é saber que são cargos de comando e superiores no escalonamento hierárquico.¹⁷⁷

O assessoramento é a estrutura mais próxima dos agentes públicos mais graduados, geralmente com competências decisórias, ou de direção ou chefia, que tem a função primordial de dar a eles suporte técnico, administrativo e político, auxiliando em decisões ou promovendo a operacionalização das ações a serem desenvolvidas pela Administração Pública. Diferente dos cargos de direção e chefia, o assessor não detém autonomia funcional dentro da estrutura a que pertence, ficando à disposição do agente ou autoridade a que serve, desenvolvendo atividades de mais variada natureza, sejam elas predominantemente intelectuais ou materiais, dando-lhes o suporte ou subsídio que se fizerem necessários.¹⁷⁸

Sem dúvidas, as maiores discussões e controvérsias acerca dos cargos em comissão envolvem aqueles destinados ao assessoramento, muitas vezes utilizados como malfadada forma de burla ao princípio do concurso público, criando-se diversos cargos de assessoria para o exercício de atividades puramente técnicas, burocráticas e operacionais, que não pressupõem nenhum elo de confiança com os agentes públicos superiores.

Conforme foi outrora ressaltado, os cargos em comissão não podem ser criados em substituição aos cargos de provimento efetivo. O que justifica a sua criação, no tocante ao assessoramento, é a necessidade que se demonstra dentro estrutura administrativa da existência de postos de trabalhos que visem assistir e auxiliar agentes públicos mais graduados a melhor exercerem suas respectivas

¹⁷⁷ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Servidores públicos*. 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2015. p. 46.

¹⁷⁸ CAMMAROSANO, Márcio. Cargos em comissão: algumas reflexões em face de limites constitucionais e da orientação do STF. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes *et al.* (Coord.). *O Direito Administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 359.

funções e cuja fidúcia do ocupante se possa exigir em razão das circunstâncias em que essas atribuições devam ser exercidas.

Discute-se se o assessoramento destina-se apenas a atividades de cunho técnico e especializado, que exige conhecimento específico em determinada área da Ciência, tais como Direito, Economia, Finanças, etc. De acordo com Regis Fernandes de Oliveira, conhecimento técnico é aquele que decorre de estudos e o empírico o que advém da experiência vivida, podendo a ambos serem atribuídas funções de assessoramento.¹⁷⁹

Com efeito, não há qualquer obstáculo na ordem constitucional para a criação de cargos de assessoria destinados ao exercício de atividades que não demandem necessariamente conhecimento técnico, e sim habilidades pessoais e políticas para auxiliar a autoridade superior na sua atuação enquanto mandatário político ou agente de elevada posição na hierarquia burocrática governamental. Cita-se, como exemplo, o assessor que tem por atribuição auxiliar o agente político e até mesmo representa-lo no relacionamento institucional com outros Poderes, autoridades, lideranças políticas e comunitárias, representantes dos diversos segmentos sociais, etc. Nessa linha, Márcio Cammarosano ensina que:

Cargos em comissão há de cujos titulares cabe esperar, sobretudo, sensibilidade e descortino político, conhecimento e envolvimento com essa ou aquela comunidade, este ou aquele setor. Sensibilidade no trato com os cidadãos, especialmente daqueles com os quais, no exercício do mandato político, o agente público a ser assessorado, assistido, deve revelar habilidade insusceptível de ser dimensionada mediante critérios dotados de objetividade, e que requisito algum de escolaridade pode assegurar.¹⁸⁰

Por outra esteira, o exercício de algumas atividades técnicas, burocráticas e operacionais, correspondentes a outros postos que não são de confiança ou que impliquem exercício de profissão regulamentada, não desnatura as atribuições do cargo de assessoria a ser provido em comissão quando essas atividades não

¹⁷⁹ Oliveira, Regis Fernandes de. *Servidores públicos*. 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 46.

¹⁸⁰ CAMMAROSANO, Márcio. Cargos em comissão: algumas reflexões em face de limites constitucionais e da orientação do STF. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes *et al.* (Coord.). *O Direito Administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 361.

constituam o núcleo central de atribuições do cargo, servindo apenas de instrumentais ao seu ocupante para o suporte pessoal à autoridade assessorada.¹⁸¹

Isso porque, consoante Márcio Cammarosano, sempre que o fator confiança pessoal, em grau mais acentuado, puder ser considerado relevante em face das circunstâncias em que determinadas atribuições devem ser exercidas, essas mesmas circunstâncias, e não a natureza intrínseca das atribuições, é que devem prevalecer justificando a criação do cargo como sendo de assessoramento e, conseqüentemente, de provimento em comissão. Para esclarecer essa afirmação, o autor cita os seguintes exemplos:

[...]o cargo de motorista lotado em órgão responsável pela simples entrega de notificações, ou pelo transporte de servidores subalternos, não se confunde com o cargo de motorista a quem cabe transportar autoridades governamentais das mais elevadas, de cujo titular se exige não apenas que seja hábil na condição do veículo, mas que seja especialmente discreto, reservado, atencioso, e até treinado para servir como agente de segurança e/ou assessor da autoridade a que esteja servindo.

Digitar textos que consubstanciam pareceres e relatórios de rotina não é o mesmo que digitar textos que consubstanciam minutas de atos cujo conteúdo não se possa correr o risco, por razões de Estado, de ver antecipadamente conhecido senão por um número reduzidíssimo de agentes governamentais.¹⁸²

Regis Fernandes de Oliveira utiliza o mesmo exemplo do cargo de motorista para evidenciar que, no provimento de cargos em comissão, o intérprete não pode deixar de considerar o móvel do agente, abstraindo, inicialmente, o rótulo a eles emprestados para aquilatar um possível liame psicológico de confiança entre o administrador e o servidor – desde que, evidentemente, tal fidúcia apresente importância suficiente para avalizar a escolha. Um exemplo eloquente dessa situação, afirma ele, pode ser tirado da recordação do segurança do Presidente Getúlio Vargas, Gregório Fortunado, que saiu do anonimato em razão da extrema confiança que lhe dedicava o Chefe da Nação.¹⁸³

¹⁸¹ CAMMAROSANO, Márcio. Cargos em comissão: algumas reflexões em face de limites constitucionais e da orientação do STF. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes *et al.* (Coord.). *O Direito Administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 360.

¹⁸² *Ibidem*, p. 359.

¹⁸³ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Servidores públicos*. 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2015. p.39-40.

Com efeito, atribuições há que, a princípio, somente poderiam ser exercidas por servidores titulares de cargo de provimento efetivo, mas que em razão das circunstâncias em que devam ser exercidas, com o fito de servir de suporte pessoal e direto às autoridades de elevada posição na estrutura hierárquica do aparelho estatal, por razões de Estado, devam ser exercidas por pessoas que gozem da confiança dessas autoridades, justificando, por conseguinte, a criação do cargo de provimento em comissão.

Entretanto, corriqueiramente, o que se vê é a criação de diversos cargos em comissão de assessoria para o exercício de atividades típicas de cargos efetivos, sem que se demonstre a real necessidade dessas atribuições serem desempenhadas por pessoas de estrita confiança da autoridade nomeante. Existem diversos julgados que declararam a inconstitucionalidade de leis que criaram cargos em comissão para o exercício de atividades tipicamente profissionais que não demandam vínculo algum de confiança com a autoridade nomeante. Nesse diapasão, transcreve-se abaixo a ementa de uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:¹⁸⁴

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Expressões e dispositivos das Leis Municipais nº 14.375, de 27 de dezembro de 2007 e nºs 14.840, 14.841, 14.842, 14.843, 14.845, de 18 de dezembro de 2008, e seus anexos, que tratam da criação de cargos em comissão de assessoria na Prefeitura Municipal de São Carlos e em sua Administração Indireta, como fundações, PROHAB e Serviço Autônomo de Água e Esgoto -Atribuições que não exigem necessidade de vínculo especial de confiança e lealdade, a justificar a criação de cargo em comissão -Funções técnicas, burocráticas, operacionais e profissionais, típicas de cargos de provimento efetivo, a ser preenchido por servidor concursado -Violação dos arts. 111, 115, II e V, e 144 da CE -Procedência da ação. (TJ-SP - ADI: 439239620118260000 SP 0043923-96.2011.8.26.0000, Relator: David Haddad, Data de Julgamento: 17/08/2011, Órgão Especial, Data de Publicação: 05/09/2011)

No tocante aos cargos em comissão de assessoramento, outra relevante controvérsia gira entorno da criação de cargos de assessor jurídico. A doutrina e jurisprudência majoritária afastam essa possibilidade sob o argumento de que as atividades de consultoria e assessoria jurídica são exclusivas de procuradores, organizados em carreira e ingresso mediante concurso público de provas e títulos,

¹⁸⁴ No mesmo sentido: AI 656.666-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 5.3.2012 e ADI 3.233, Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe 14.9.2007.

nos termos do artigo 132 da Carta da República. Os defensores dessa tese sustentam que a independência funcional e qualificação devem presidir a atuação de quem desenvolve atividades de orientação e representação jurídica, porque tais atividades são categorizadas constitucionalmente como “funções essenciais à justiça”. Essa é a interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que se destaca no seguinte julgado:

[...] 2. A atividade de assessoramento jurídico do Poder Executivo dos Estados é de ser exercida por procuradores organizados em carreira, cujo ingresso depende de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, nos termos do art. 132 da Constituição Federal. Preceito que se destina à configuração da necessária qualificação técnica e independência funcional desses especiais agentes públicos. 3. É inconstitucional norma estadual que autoriza a ocupante de cargo em comissão o desempenho das atribuições de assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo. Precedentes. 4. Ação que se julga procedente. (ADI 4.261/RO, Pleno, Relator o Ministro Carlos Ayres Brito, Dje 02/08/2010)

Todavia, assiste razão Márcio Cammarosano, segundo o qual a figura do assessor jurídico não se confunde com a do procurador do quadro de servidores efetivos, pois este, diferentemente daqueles, representa a Fazenda Pública em juízo e exerce suas atribuições de forma impessoal, devendo lealdade apenas à pessoa jurídica à qual esteja vinculado. Por sua vez, os assessores jurídicos, assessores e assistentes parlamentares, exercem atribuições como coadjuvantes das autoridades, especialmente dos agentes políticos, a quem dão suporte, como servidores de sua confiança pessoal.¹⁸⁵

Demais disso, é imperioso ressaltar que cargos em comissão de assessor jurídico existem em diversos tribunais, inclusive no próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a denominação de Assistente Jurídico, cuja atribuição é assistir o Desembargador e Juízes Substitutos em Segundo Grau, dando-lhes apoio de ordem jurídica em pesquisas e nos processos (Subanexo II, Anexo VII, da Lei complementar n.º 1.111, de 25 de maio de 2010).

¹⁸⁵ CAMMAROSANO, Márcio. Cargos em comissão: algumas reflexões em face de limites constitucionais e da orientação do STF. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes *et al.* (Coord.). *O Direito Administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 359.

Lembra-se, ainda, que nos quadros do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo o cargo em comissão de Assistente Jurídico convive perfeitamente com o cargo efetivo de Advogado (Lei 14.783/2012), sendo que nenhum problema há nisso. A finalidade do cargo de assessor jurídico no quadro de cargos em comissão do Poder Judiciário, Legislativo e Executivo é a mesma, qual seja: prestar apoio de ordem jurídica à autoridade assistida ou assessorada, por pessoa de sua confiança pessoal.

Ressalte-se que não se desconhece a existência da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5024 SP) no Supremo Tribunal Federal, ajuizada pela Associação Nacional dos Procuradores do Estado contra a Lei estadual n.º 14.783/2012, que cria aludidos cargos efetivos de advogado no Tribunal de Justiça de São Paulo, questionando a sua constitucionalidade por entender que a lei é incompatível com o caput do artigo 132 da Constituição da República, que atribui aos procuradores, admitidos mediante concurso público, a representação judicial e a consultoria jurídica das unidades federadas. Cumpre esclarecer que esta ação ainda não foi julgada. Todavia, independentemente do desfecho que venha a ter (reconhecendo ou não a inconstitucionalidade da Lei estadual n.º 14.783/2012), em nada prejudicará a existência dos cargos em comissão de Assistente Jurídico naquele Tribunal, eis que as atribuições desses cargos não se confundem com a consultoria jurídica a ser prestada pelo titular de cargo efetivo de Advogado ou por Procurador do Estado.

Portanto, o que se proíbe é que o assessor jurídico substitua em suas atividades o procurador de carreira, emitindo parecer jurídicos para os órgãos da Administração Pública ou representando-a judicialmente. Porém, nada impede que o assessor jurídico preste auxílio na elaboração de minutas de decisões, pesquisas, despachos e outros expedientes de competência da autoridade assistida, que exigem conhecimento jurídico e cujo teor, a rigor, somente deva ser conhecido por terceiros após a devida formalização e publicação do ato.

Ao procurador concursado compete prestar consultoria jurídica para os órgãos da Administração, emitindo parecer neste ou naquele sentido a fim de melhor orientar a atuação da autoridade consulente. No entanto, não lhe cabe elaborar a minuta da decisão que será adotada no caso, auxílio esse que será melhor prestado por um assessor jurídico de estrita confiança da autoridade competente para proferir a decisão.

Avançando-se nas questões que permeiam esta matéria, deve-se frisar que a doutrina diverge no tocante a existência de cargos em comissão que devem ser providos somente por servidores de carreira.

Juarez Freitas defende que os cargos de direção e chefia diretamente envolvidos com a atividade-fim na administração tributária, devem ser providos exclusivamente por servidores públicos de carreira, diante da essencialidade das tarefas e garantias correspondentes.¹⁸⁶

Para Lúcia Valle Figueiredo há cargos de chefia que não tem vocação para serem em comissão e deveriam ser galgados por acesso, citando como exemplo o cargo de Procurador-Chefe. Outros, excepcionalmente, poderiam ser em comissão, se o ocupante fosse retirado dentro da carreira.¹⁸⁷

Nessa linha, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu que cargos em comissão de Diretor de Departamento na Secretaria Municipal de Assuntos Jurídicos deve ser provido apenas por servidores efetivos do quadro de procuradores do município. Segundo o Tribunal, o cargo tem funções relacionadas à advocacia pública municipal e o seu exercício por servidor estranho à carreira viola o disposto nos artigos 98 a 102 da Constituição Estadual, os quais se reportam ao modelo traçado no art. 132 da Constituição Federal.¹⁸⁸

Entretanto, não se pode concordar com a tese daqueles que defendem que não pode haver cargo em comissão de direção ou chefia de recrutamento amplo relacionados a carreiras técnicas, posto que os limites à criação e provimento de cargos em comissão são somente aqueles estabelecidos pela Constituição Federal - que nenhuma ressalva à criação de cargos em comissão em estrutura da administração dedicada a atividade de cunho predominantemente técnico. Qualquer restrição que se queira estabelecer nesse sentido depende de lei, diante do princípio da legalidade que rege os atos da Administração Pública. Aliás, volta-se a dizer que a essência da autorização constitucional para afastar o requisito do concurso público é o elemento confiança, a se desenvolver em tarefas inerentes à direção, chefia e

¹⁸⁶ FREITAS, Juarez. Concurso público e regime institucional: as carreiras de Estado. In: MOTTA, Fabrício (Coord.). *Concurso público e Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 211-243.

¹⁸⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. com as Emendas 19 e 20 de 1998, São Paulo: Malheiros, 2000.p. 543.

¹⁸⁸ ADI 20101546-79.2014.8.26.0000- São Paulo, Órgão Especial, Relator Des. Roberto Mortari, Publicado em 15.10.2014.

assessoramento - seja pelo que representam de instrumental ao bom desempenho das funções da autoridade superior, seja pelo que podem permitir da já mencionada articulação entre a tecnocracia e os níveis de deliberação política da estrutura administrativa.¹⁸⁹

Ademais, é relevante salientar que tanto o apadrinhamento político¹⁹⁰ como o engessamento da Administração, não permitindo recrutar profissionais com expertise técnica e política alheios ao quadro de servidores permanentes, violam o propósito finalístico dos cargos em comissão.¹⁹¹

Portanto, não há qualquer incompatibilidade com o atual sistema constitucional, a criação de cargo em comissão de direção ou chefia, de livre nomeação e exoneração, para supervisão, orientação e direção de estrutura da administração de cunho predominantemente técnico, composta por servidores de carreiras específicas, exceto se tal restrição estiver disposta em lei ou na Constituição. Caberá ao legislador definir se determinados cargos em comissão devem ou não ser de recrutamento livre.

Por exemplo, a Lei Complementar n.º 701, de 18 de Julho de 2012, que institui a Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, prevê a possibilidade de criação de cargos em comissão de chefia das Procuradorias Municipais Especializadas e das Procuradorias Municipais Setoriais, de livre nomeação e exoneração pelo Procurador-Geral do Município, podendo, a seu critério, excepcional e fundamentadamente, ser ocupado por advogado não integrante da carreira.¹⁹² Nota-se, nesse caso, que a lei não proíbe a livre nomeação e exoneração,

¹⁸⁹ VALLE, Vanice Lírio. Cargos em comissão, seu caráter instrumental à boa administração e os respectivos limites constitucionais. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 7, n.81, nov. 2007. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=48352>. Acesso em: 20 de set. 2016.

¹⁹⁰ Apadrinhamento político é o provimento de cargos públicos como troca de favor por pessoas desprovidas do conhecimento necessário para o desempenho das atribuições do cargo.

¹⁹¹ CANCELLIER, Luis Carlos Cancellier.; IOCKEN, Sabrina Nunes. Cargos comissionados: novos desafios impostos pelo direito fundamental à boa administração, In: *Direito e administração pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFSC; coordenadores: Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça, Gisela Maria Bester, Luiz Henrique Cademartori. – Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 448-471, p. 465.*

¹⁹² Transcreve-se, a seguir, alguns dispositivos da Lei Complementar n.º 701, de 18.7.2012, pertinentes ao assunto: Art. 7º São órgãos de Execução da PGM: I – as Procuradorias Municipais Especializadas; e II – as Procuradorias Municipais Setoriais. § 1º As Procuradorias Municipais Especializadas terão por atribuição o exame de matérias jurídicas específicas no âmbito da Administração Direta e a execução dos serviços jurídicos nas Autarquias Municipais. § 2º As Procuradorias Municipais Setoriais terão por atribuição o assessoramento e a consultoria jurídica no âmbito das Secretarias. [...] Art. 17. As

mas apenas estabelece condições especiais para o provimento do cargo em comissão de chefia das procuradorias, quais sejam: o cargo deverá ser provido preferencialmente por procurador de carreira; necessidade de motivar o ato quando o cargo for ocupado por advogado não integrante da carreira de procurador do município; e, qualificação profissional do nomeado que deverá ser advogado. Esses limites impostos à investidura no cargo em comissão de chefia das procuradorias são legítimos, eis que estabelecidos por lei. Ainda que a lei restringisse totalmente o provimento desses cargos aos servidores da carreira de procurador, não haveria nenhum problema de ordem constitucional, uma vez que estaria em consonância com o princípio da legalidade e com o disposto no art. 37, V, da Constituição.

Assim findam-se as considerações a respeito dos limites constitucionais à criação de cargos em comissão pertinentes às atribuições direção, chefia e assessoramento, passando-se a tratar de um assunto tão importante quanto, ou seja, a restrição constitucional prevista no artigo 37, inciso V, da Constituição Federal de 1988, ou seja, o estabelecimento de condições e percentuais mínimos para o provimento de cargos em comissão por servidores de carreira.

8.2 Da reserva de cargos em comissão para servidores de carreira

O artigo 37, inciso V, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998, estabelece que a lei definirá os casos, condições e percentuais mínimos de cargos em comissão a serem providos por servidores de carreira.

Ao designar “percentuais mínimos previstos em lei”, a Emenda Constitucional n.º 19, de 1998 eliminou a regra prevista na redação original do inciso V, do artigo 37, da Carta da República, segundo a qual os cargos em comissão e

Procuradorias Municipais Setoriais, disciplinadas pelo Regimento Interno, serão integradas por Procuradores Municipais da carreira, que atuarão nas funções de assessoramento e consultoria jurídicos e representação extrajudicial. Art. 18. As chefias das Procuradorias Municipais Especializadas e das Procuradorias Municipais Setoriais serão nomeadas pelo Procurador-Geral do Município, ouvidos os titulares das respectivas Secretarias e Autarquias. Parágrafo único. Excepcional e fundamentadamente, a critério do Procurador-Geral do Município, os órgãos de execução serão chefiados por advogado não integrante da carreira, ocupante de cargo em comissão de livre nomeação e exoneração.

funções de confiança deveriam ser exercidos preferencialmente por servidores de carreira.¹⁹³

Segundo Marçal Justen Filho, para não perder a identidade e a comunhão de experiências dentro do funcionalismo público é que os cargos de direção, chefia e assessoramento não devem ser exclusivos de pessoas alheias aos quadros administrativos. Desse modo, “o dispositivo busca assegurar que certa porcentagem de ocupantes dos cargos em comissão disponha da experiência no exercício das atividades da carreira”.¹⁹⁴

Para Fabrício Motta, a limitação em testilha reconhece a relevância das atividades desempenhadas em comissão e, ao mesmo tempo, a importância da participação, ainda que pequena, do servidor permanente nestas atividades. Todavia, reconhece que eficácia dessa limitação prevista no inciso V do artigo 37 depende de lei da unidade federativa em que se insere o cargo.¹⁹⁵

Regis Fernandes de Oliveira leciona que a reserva de cargos destinada aos funcionários de carreira tem o fim específico de cercear a discricionariedade do administrador. Não se presta a restringir, quantitativamente, o número de cargos em comissão, apenas acrescentando, sobre um número qualquer, uma nova quantidade proporcional de nomeações obrigatórias. Conforme o autor, se a intenção era boa, a emenda programava uma finalidade esdrúxula e hipócrita, pois aceitava a imoralidade desde que, em compensação, a medida beneficiasse, com vencimentos maiores, o funcionalismo de carreira, ainda que isso tivesse de ser feito com a utilização de cargos em comissão, sem confiança, e desprezo das funções gratificadas, que poderiam bem servir de estímulo ao funcionalismo. Na opinião de Regis F. Oliveira, é preciso harmonizar os incisos II e V do art. 37, pois o cargo em comissão não perdeu seu caráter originário de se destinar a que seu ocupante seja nomeado e exonerado livremente (inciso II). A disposição constitucional seguinte (inciso V) é que exige que parte deles seja preenchida por servidores “de carreira”, na forma estabelecida em lei

¹⁹³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 11. ed. rev. e atual. de acordo com a EC n. 83, de 5-8-2014, e os últimos julgados do STF. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 701

¹⁹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 946.

¹⁹⁵ MOTTA, Fabrício Macedo. Comentário ao art. 37, V. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 838.

que fixará “os casos, condições e percentuais mínimos”. A lei que cria cargos em comissão deverá relacioná-los, com o pressuposto de que sejam providos em decorrência do vínculo de fidúcia, mas também no mesmo texto deverá mencionar quais cargos serão providos por servidores de carreira, lembrando que a maioria deles será de livre nomeação e exoneração.¹⁹⁶

Como se pode observar, parcela da norma prevista no art. 37, inciso V, da Constituição Federal é de eficácia limitada, pois no que concerne ao estabelecimento dos casos, condições e percentuais mínimos de cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira, depende de lei do ente federativo no qual se insere o cargo.¹⁹⁷

Entretanto, conforme assinalado por Hely Lopes Meirelles, na fixação desses percentuais mínimos deverá observar o princípio da razoabilidade, sob pena de fraudar a determinação constitucional, no sentido de uma parte dos cargos em comissão deva ser provida de forma totalmente livre e outra, parcialmente, diante das limitações e condições previstas nessa lei.¹⁹⁸ Nesse sentido, destaca-se abaixo um julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia:

Apelação. Cargos em comissão. Servidores de carreira. Percentual mínimo. Previsão legal. Ausência. Princípios. Administração pública. Paradigmas legais. Aplicação. Quando a sentença corresponder à causa de pedir e ao pedido, expostos na inicial, na medida em que forem, um a um, analisados os fundamentos esposados e guardada a correlação entre as partes, não há falar em julgamento extra ou ultra petita. Os cargos públicos em comissão, porque fazem ingressar no serviço público pessoas estranhas à Administração, devem ser criados de maneira excepcional e especificamente para atender a funções de direção, chefia ou assessoramento, cujo percentual mínimo de ocupação por servidores de carreira previsto na Constituição Federal deve guardar relação com o princípio da proporcionalidade, para que não haja desarrazoada disparidade entre o número de pessoas estranhas à Administração e servidores de carreira. (TJ-RO - APL: 00158843420108220001 RO 0015884-34.2010.822.0001, Relator: Desembargador Odivanil de Marins, Data de Julgamento: 03/07/2014, 1ª Câmara Especial, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 09/07/2014.) (grifo nosso)

¹⁹⁶ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Servidores públicos*. 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2015. p.42.

¹⁹⁷ Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 24.2870-Distrito Federal (Relator: Ministro Mauricio Côrrea, Segunda Turma, Publicado em 26.11.2002).

¹⁹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*/ Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. 42 ed. atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 526.

Ocorre que, na verdade, muitos entes federativos ainda não editaram a lei para dar concretude ao referido mandamento constitucional, fato que tem ensejado o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão.

Nessa toada, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem reconhecido a inconstitucionalidade por omissão diante da inexistência de lei específica nos Municípios para fixação do percentual mínimo dos cargos em comissão na estrutura administrativa local a serem preenchidos por servidores públicos de carreira. Nesses casos, o Tribunal tem fixado prazo para a edição da lei, findo o qual, persistindo a omissão, tem determinado que aplique imediatamente o percentual mínimo de 50%(cinquenta por cento) dos cargos em comissão aos servidores de carreira, consoante as decisões abaixo colacionadas:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – Inexistência de lei específica no Município de Natividade da Serra para fixação de percentual mínimo dos cargos em comissão na estrutura administrativa local a serem preenchidos por servidores públicos de carreira – Violação aos arts. 115, V, com a nova redação dada pela Emenda nº 21/2006, e 144, da Constituição Estadual - Finalidade de garantir o acesso de servidores efetivos aos cargos de direção superior e assegurar a continuidade e eficiência do serviço público no âmbito municipal – Mora legislativa reconhecida - Estabelecido prazo de cento e vinte dias para edição de lei específica sobre a matéria contados da data do julgamento - Na hipótese de persistência da omissão após o decurso deste prazo, resta fixado, desde já, o percentual mínimo de 50% dos cargos em comissão para ocupação por servidores efetivos - Ação procedente. (TJ-SP - ADI: 20225295720158260000 SP 2022529-57.2015.8.26.0000, Relator: Luiz Antonio de Godoy, Data de Julgamento: 10/06/2015, Órgão Especial, Data de Publicação: 11/06/2015).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – Inexistência de lei específica no Município de Rio Claro para fixação de percentual mínimo dos cargos em comissão na estrutura administrativa local a serem preenchidos por servidores públicos de carreira – Leis Complementares nº 89/2014 e 34/2009 que se limitaram a dispor respectivamente sobre os cargos de "Gerente" e "Diretor de Departamento" - Normas existentes que não se aplicam genericamente à Administração local – Carência da ação de que não se cogita – Violação aos arts. 115, V, com a nova redação dada pela Emenda nº 21/2006, e 144, da Constituição Estadual - Finalidade de garantir o acesso de servidores efetivos aos cargos de direção superior e assegurar a continuidade e eficiência do serviço público no âmbito municipal – Mora legislativa reconhecida - Estabelecido prazo de cento e oitenta dias para edição de lei específica sobre a matéria - Na hipótese de persistência da omissão após o decurso deste prazo, resta fixado, desde já, o percentual mínimo de 50% dos cargos em comissão para ocupação por servidores efetivos - Ação procedente. (TJ-SP - ADI: 22204679420148260000 SP 2220467-

94.2014.8.26.0000, Relator: Luiz Antonio de Godoy, Data de Julgamento: 13/05/2015, Órgão Especial, Data de Publicação: 15/05/2015)

O Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução n.º 88, de 8 de setembro de 2009, determinou que para o Poder Judiciário dos Estados que ainda não regulamentaram os incisos IV e V do artigo 37 da Constituição Federal, pelo menos 50% dos cargos em comissão deverão ser destinados a servidores das carreiras judiciárias, cabendo aos Tribunais de Justiça encaminharem projetos de lei de regulamentação da matéria, com observância desse percentual (art. 2º, §2º).

Contudo, consoante Maria Sylvia Zanella Di Pietro, se a medida adotada pelo Conselho Nacional de Justiça, de um lado, possui caráter moralizador, de outro, desatende à exigência de lei para fixação do percentual de reserva.¹⁹⁹

No âmbito do Governo Federal, foi fixada inconstitucionalmente por decreto (Decreto n.º 5.497, de 21.7.2005) a reserva dos cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, para os servidores de carreira na seguinte proporção: a) setenta e cinco por cento dos cargos em comissão DAS, níveis 1, 2 e 3; b) cinquenta por cento dos cargos em comissão DAS, nível 4.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio da Lei complementar n.º 1.111, de 25 de maio de 2010, fixou a reserva de cargos em comissão aos servidores titulares de cargos efetivos de mesma natureza e profissão, na seguinte proporção: (a) em sua totalidade, para os cargos de Chefe de Seção Judiciário e Chefe de Seção Técnica Judiciário; (b) no mínimo 90% (noventa por cento), para os de Supervisor de Serviço e os de Coordenador; e, (c) 70% (setenta por cento), para os de Diretor. As condições para que os servidores efetivos do Tribunal se candidatem a esses cargos em comissão estão disciplinadas nos artigos 31 e 32 da Lei complementar n.º 1.111/2010. No entanto, para os demais cargos em comissão do quadro de pessoal da Corte de Justiça Paulista (Analista Técnico Judiciário; Assessor Técnico de Gabinete Judiciário; Assistente Jurídico; Assistente Técnico de Gabinete Judiciário; Auxiliar de Gabinete

¹⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 603.

Judiciário; Chefe de Gabinete Judiciário; Oficial de Gabinete Judiciário e Secretário), permanece a livre nomeação e exoneração pelo Presidente do Tribunal.

No tocante ao Ministério Público da União, recentemente foi publicada a Lei n.º 13.316, de 20 de julho de 2016, que fixou o percentual mínimo de 50% (cinquenta por cento) dos cargos em comissão aos integrantes das carreiras, observados os requisitos de qualificação e de experiência previstos em regulamento (art. 4º, §1º). Esse mesmo percentual também é aplicado no âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo (art. 6º, §3º, da Lei Complementar n.º 1.118, de 1 de julho de 2010).

Importante anotar que já houve declaração de inconstitucionalidade de lei municipal que reservou apenas 5%(cinco por cento) do total de cargos em comissão aos servidores de carreira, por entender o Tribunal que esse percentual viola o princípio da proporcionalidade, conforme a seguinte decisão:

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto de acórdão, cuja ementa segue transcrita: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. PROCEDIMENTO DO ART. 12 DA LEI Nº 9.868/99. LEI MUNICIPAL. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. SUBPROCURADOR DO MUNICÍPIO. CARGO TÉCNICO DE ASSESSORAMENTO, PORÉM DE CARÁTER NÃO TRANSITÓRIO. INEXISTÊNCIA DA EXCEPCIONALIDADE INERENTE AOS CARGOS DE PROVIMENTO COMMISSIONADO. PERCENTUAL MÍNIMO DE OCUPAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO POR SERVIDORES DE CARREIRA. CINCO POR CENTO. AUSÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE. SUSPENSÃO LIMINAR DOS DISPOSITIVOS QUESTIONADOS. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 23 E 78, § 3º, DA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº 22/2007. EFEITOS EX TUNC. Os cargos públicos em comissão, porque fazem ingressar no serviço público pessoas estranhas à Administração, devem ser criados de maneira excepcional e especificamente para atender funções de direção, chefia ou assessoramento, não se enquadrando nesse conceito o cargo de Subprocurador Municipal, que a despeito de consistir em função de assessoria técnica, não pressupõe relação de confiança e transitoriedade entre o nomeado e o Poder Público. O percentual mínimo de ocupação de cargos em comissão por servidores de carreira deve guardar relação com o princípio da proporcionalidade, para que não haja desarrazoada disparidade entre o número de pessoas estranhas a Administração e servidores de carreira” (fls. 132-133). [...] Isso posto, nego seguimento ao recurso. (STF - AI: 795928 RN, Relator: Min. Ricardo Lewandowski; Julgamento: 29/03/2011; Publicação: 06/04/2011) (grifo nosso)

Diante de tantas divergências acerca do estabelecimento de condições, casos e percentuais mínimos para o provimento dos cargos em comissão por

servidores de carreira, é latente a necessidade de cada ente editar a lei que regule a matéria, a fim de implementar de forma objetiva a diretriz constitucional prevista no art. 37, V, da Constitucional.

Porém, cabe consignar que não parece que o intuito do legislador reformador foi de garantir prioridade de acesso aos cargos em comissão por servidores de carreira como forma de incentivo profissional, mas tão somente que o legislador ordinário deve definir objetivamente as situações nas quais é conveniente para o bom funcionamento da Administração que determinados cargos em comissão sejam providos livremente, outros somente por servidores de carreira e, ainda, aqueles nos quais é importante garantir uma participação mínima de servidores de carreira.

Por exemplo, não há necessidade de garantir a participação de servidores de carreira em cargos de assessoramento que tenham por finalidade precípua dar suporte especialmente político à autoridade assistida (auxiliar na elaboração de um discurso, acompanhar autoridade ou até mesmo representá-la em eventos e reuniões políticas).

Por outro lado, no que concerne aos cargos de direção, chefia e assessoramento em órgãos de cunho estritamente técnico, parece importante, à primeira vista, mesclar a participação de servidores das respectivas carreiras com profissionais de fora, aproveitando a experiência e conhecimento do servidor permanente com as experiências de outros profissionais não atreladas aos de que sempre foram do órgão. Para tanto, a única forma de garantir esse contrabalanço na Administração é definindo um percentual de participação de servidores de carreira nesses cargos, conforme a necessidade do órgão.

Dessa forma, esse percentual pode variar conforme a necessidade de cada órgão, podendo ser maior ou menor de acordo com o que se mostra necessário para o bom funcionamento da Administração, desde que devidamente fixado por lei. Por essas razões, é que se entende que a Constituição impõe à lei que defina os casos, condições e percentuais de cargos em comissão a serem providos por servidores de carreira. A título de exemplo, pode-se citar a legislação alhures mencionada (Lei complementar n.º 1.111, de 25 de maio de 2010), que rege o provimento de cargos em comissão no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Como visto, no aludido Tribunal alguns cargos em comissão podem ser providos livremente (Analista Técnico

Judiciário; Assessor Técnico de Gabinete Judiciário; Assistente Jurídico; Assistente Técnico de Gabinete Judiciário; Assistente Técnico Judiciário; Auxiliar de Gabinete Judiciário; Chefe de Gabinete Judiciário; Oficial de Gabinete Judiciário e Secretário) e outros devem providos por servidores de carreira em percentuais que variam conforme o cargo (100% para os cargos de Chefe de Seção Judiciário e Chefe de Seção Técnica Judiciário; 90% para os de Supervisor de Serviço e os de Coordenador; e, 70% para os de Diretor).

Feitas essas observações, encerra-se a análise do comando constitucional que determina a reserva de cargos em comissão para servidores de carreira e passa-se, na sequência, ao exame da aplicação dos princípios constitucionais como limites à criação desses cargos.

8.3 Da aplicação dos princípios constitucionais na criação de cargos em comissão

Como visto, a criação de cargos em comissão se dá por meio de lei de iniciativa do representante de cada órgão ou entidade, que goza de discricionariedade na elaboração da propositura que impulsiona a Casa Legislativa, dado o permissivo do inciso II do art. 37 da Constituição, desde que respeitadas as restrições previstas no inciso V do mesmo dispositivo.

Ocorre que, a literalidade do texto constitucional não fixa um limite máximo para criação de tais cargos. Dada a dificuldade ou até mesmo impossibilidade de se definir uma fórmula objetiva capaz de determinar uma proporção ideal entre o tamanho da máquina administrativa e a real necessidade desses cargos nas entidades e órgãos governamentais, é que o constituinte conferiu essa tarefa à discricionariedade do administrador público.

Diante disso, indaga-se: existe um limite quantitativo para a criação de cargos em comissão? A ordem jurídica permite a criação excessiva e desarrazoada de cargos em comissão? Pode haver mais cargos em comissão do que cargos efetivos na Administração Pública?

As respostas a essas questões podem sim serem extraídas da ordem constitucional, na medida em que a atuação da Administração Pública pautar-se pelos princípios constitucionais explícitos (art. 37, caput) e implícitos na Lei Maior, dentre os quais destacam-se, para fins de fixação dos limites na criação dos cargos em comissão, os princípios da impessoalidade, da moralidade administrativa, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Segundo Luiz Alberto David Araujo, o princípio da impessoalidade veda tratamento desigual entre os administrados. Isto é, no exercício das funções do Estado, critérios pessoais não podem ser tomados em conta para efeito de concessão de privilégios ou para discriminações. Cuida-se, em suma, de desdobramento do próprio princípio da igualdade, assegurando que o ato administrativo persiga interesse público e não pessoal.²⁰⁰

Para Lúcia Valle Figueiredo a impessoalidade caracteriza-se na atividade administrativa pela valoração objetiva dos interesses públicos e privados envolvidos na relação jurídica a se formar, independentemente de qualquer interesse político.²⁰¹ A autora explica que:

A impessoalidade implica, refre-se, o estabelecimento de regra de agir objetiva para o administrador, em todos os casos. Assim, como exemplo curial, em nomeações para determinado cargo em comissão, os critérios da escolha devem ser técnicos, e não de favoritismos ou ódios. Não pode a nomeação ser prêmio atribuído ao nomeado, como, também, não pode haver impedimento a nomeações por idiosincrasias.²⁰²

Por outro lado, a moralidade administrativa, princípio expressamente incorporado no artigo 37 da Constituição, compreende valores ou preceitos morais juridicizados. Segundo Márcio Cammarosano, violar a moralidade administrativa é violar o Direito. É oportuna a transcrição literal dos ensinamentos do autor:

A violação do Direito, intencional ou decorrente de grave e injustificável incúria, que àquela pode ser equiparada, por si só, também é procedimento incompatível com os valores morais juridicizados pelo sistema, como a lealdade, a boa-fé, a veracidade e outros mais. Com

²⁰⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*/Luiz Alberto David Araujo, Vidal Serrano Nunes Júnior. 18 ed. rev., atual. até a EC 76 de 28 de novembro de 2013. São Paulo: Verbatim, 2014. p. 420.

²⁰¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 59.

²⁰² Ibidem, p. 59.

efeito todo agente público, do Presidente da República ao mais humilde servidor, tem o dever jurídico e moral de fidelidade à instituição a que serve, ao seu País, ao Direito que consubstancia a organização da sociedade política, definindo os meios e os fins de interesse público a realizar, razão de ser última de sua investidura. Todo agente público está obrigado a exercer escorreitamente as atribuições inerentes a seu cargo, emprego ou função. Seu primeiro dever, portanto, é o de respeitar e fazer respeitar a ordem jurídica, que também açambarca o dever de melhor administração.²⁰³

Consoante Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da razoabilidade enuncia que “A Administração, ao atuar no exercício de discricionariedade, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida”. Em seguida, o autor assevera:

Deveras, se com a outorga de discricionariedade administrativa pretende-se evitar a prévia adoção em lei de uma solução rígida, única – e por isso incapaz de servir adequadamente para satisfazer, em todos os casos, o interesse público estabelecido na regra aplicanda -, é porque através dela visa-se à obtenção da medida ideal, ou seja, da medida que, em cada situação, atenda de modo perfeito à finalidade da lei. É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme à finalidade da lei.²⁰⁴

Por seu turno, o princípio da proporcionalidade significa que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade correspondentes ao que seja realmente demandado para o cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Desse modo, os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.²⁰⁵

Portanto, a partir da análise dos aludidos princípios constitucionais, conclui-se que o juízo discricionário na elaboração da proposta de criação de cargos em comissão, que deverá ser chancelada pelo respectivo Legislativo, não se traduz em

²⁰³ CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade administrativa e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 114.

²⁰⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed. rev. atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 111-112.

²⁰⁵ Ibidem, p. 113.

carta branca para o gestor.²⁰⁶ A discricção do agente público encontra limites impostos pelas leis, bem como pelas normas e princípios constitucionais. A solicitação de um número excessivo de cargos em comissão ultrapassa os limites impostos à competência discricionária, configurando assim o vício que a doutrina denomina de discricionariedade excessiva ou arbitrariedade por ação.²⁰⁷ Dessa forma, a liberdade que se há de reconhecer sempre ao legislador no exercício da função legislativa não é absoluta, podendo ser contrastada pelo Judiciário quando eivada de abuso de poder ou desvio de finalidade, máculas de que podem ressentir não apenas os atos expedidos no exercício da função administrativa.²⁰⁸

Para Márcio Cammarosano, a criação e o provimento de cargos em número que se possa demonstrar ser muito maior do que o necessário à consecução das finalidades legítimas das entidades e órgãos considerados não prestigiam, dentre outros, o princípio da economicidade, expressamente agasalhado pela Constituição da República, em seu art. 70, caput. Assevera, o autor, que obviamente não quis o constituinte privilegiar o mau administrador público, que se vale do poder para a criar cargos em comissão com a finalidade precípua de prestigiar seus apaniguados políticos e a valer de moeda de troca para angariar apoio de parlamentares.²⁰⁹

A Constituição é clara ao dispor no art. 37, inciso II, que a investidura em cargos e empregos públicos depende de prévia aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. A regra, portanto, é o concurso público para provimento de cargos efetivos ou empregos públicos. É imprescindível, assim, que

²⁰⁶ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, quanto maior for o número de cargos em comissão, maior será a possibilidade de instrumentalizar a Administração Pública para servir a interesses oportunistas, a trocas de favores entre o Poder Executivo e os membros do Poder Legislativo, a fim de cooptá-los politicamente ou mesmo a possibilidade, não desprezível, dos partidos políticos ameaçarem perturbar, na esfera do Parlamento, o normal desempenho da atividade administrativa do governo se este não ceder a um clientelismo, aquinhoando seus próceres ou apaniguados com cargos e funções comissionadas no Executivo. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed. rev. atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 310)

²⁰⁷ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013. p.345

²⁰⁸ CAMMAROSANO, Márcio. Cargos em Comissão – Breves considerações quanto aos limites à sua criação. Interesse Público – IP Belo Horizonte, n. 38, ano 8 de Julho/Agosto 2006 Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49057>. Acesso em: 17 mar. 2015.

²⁰⁹ Id.

existam mais efetivos do que cargos em comissão na Administração, sob pena de se consagrar a exceção em detrimento da regra.

Regis Fernandes de Oliveira ensina que:

[...] o requisito básico para criação do cargo em comissão é dele necessitar a Administração; e para o seu provimento é imprescindível o vínculo de lealdade.

Caso haja criação indiscriminada de cargos, pode a lei ser impugnada em Juízo, por inconstitucionalidade. Estará o vício na ausência de necessidade do cargo, no ludíbrio jurídico para o provimento a critério do Chefe do Executivo.²¹⁰

Fabício Motta, por sua vez, anota que:

[...] os cargos em comissão, por serem situações de exceções ao concurso público, devem ser criados com parcimônia e cautela. A criação indiscriminada de cargos em comissão e sua previsão para o exercício de atividades que não sejam de direção, chefia e assessoramento atinge o princípio da igualdade.

Em razão de sua natureza excepcional, em princípio não se pode admitir a predominância numérica dos cargos em comissão em detrimento dos cargos efetivos. Em cada estrutura da Administração, é imperioso que existam mais cargos efetivos do que cargos comissionados, sob pena de se consagrar a exceção em detrimento da regra. O abuso na criação e persistência de cargos em comissão, resquício de nossa lamentável tradição patrimonialista, deve ser coibido por meio do controle de constitucionalidade das leis respectivas.²¹¹

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.125, oriunda do Estado de Tocantins, reconheceu o dever de observância dos princípios da moralidade administrativa e da proporcionalidade na criação de cargos comissionados.²¹² Transcreve-se, abaixo, trechos dessa decisão:

²¹⁰OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Servidores públicos*. 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2015. p.42.

²¹¹ MOTTA, Fabrício. Cargos, empregos e funções públicas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Servidores públicos na Constituição Federal*/ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta, Luciano de Araújo Ferraz. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 24

²¹² No mesmo sentido: AGRAVO INTERNO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATO NORMATIVO MUNICIPAL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. OFENSA. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O NÚMERO DE SERVIDORES EFETIVOS E EM CARGOS EM COMISSÃO. I – Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. II – Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislação local. III – Agravo

[...]3. O número de cargos efetivos (providos e vagos) existentes nos quadros do Poder Executivo tocantinense e o de cargos de provimento em comissão criados pela Lei nº 1.950/2008 evidencia a inobservância do princípio da proporcionalidade.

4. A obrigatoriedade de concurso público, com as exceções constitucionais, é instrumento de efetivação dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa, garantidores do acesso aos cargos públicos aos cidadãos. A não submissão ao concurso público fez-se regra no Estado do Tocantins: afronta ao art. 37, inc. II, da Constituição da República. Precedentes.

5. A criação de 28.177 cargos, sendo 79 de natureza especial e 28.098 em comissão, não tem respaldo no princípio da moralidade administrativa, pressupostos de legitimação e validade constitucional dos atos estatais.

6. A criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais, que dispensam a confiança pessoal da autoridade pública no servidor nomeado, contraria o art. 37, inc. V, da Constituição da República.[...]

9. [...] E, ainda, o número de cargos em comissão inicialmente criados [...] é maior do que o total de cargos efetivos preenchidos no Estado, o que poderia levar à constatação absurda de que para cada subordinado há, pelo menos, um “chefe, assessor ou diretor”, ocupante de cargo comissionado. (ADI 4125, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 10-06-2010, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-030) (grifo nosso)

É oportuno registrar também algumas passagens do parecer do Procurador-Geral da República na referida ação direta de inconstitucionalidade:

[...] Da comparação entre o número de cargos de provimento efetivo e os de provimento em comissão, no Estado do Tocantins, tem-se verificada evidente desproporção, suficiente a demonstrar a burla ao comando inscrito no inciso II do art. 37 da Constituição Federal. [...] De outro lado, a criação de cargos em comissão deve sempre ocorrer em número proporcional à necessidade do serviço, ou seja, precisa ter relação direta com a busca pelo funcionamento regular dos serviços prestados pela Administração. Nas hipóteses em que o interesse público é ignorado ou contrariado, objetivando a norma apenas assegurar interesses pessoais ou partidários, há de se reconhecer sua incompatibilidade com o texto constitucional. [...] No caso específico, repita-se, clara é a desproporção entre o número de cargos de provimento em comissão e os de provimento efetivo que, registre-se, sequer foram inteiramente preenchidos, estando configurado o desrespeito ao princípio da proporcionalidade e da moralidade administrativa[...]. (grifo nosso)

Portanto, é cediça a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário quando evidenciada a criação excessiva de cargos comissionados. Entretanto, não se pode olvidar que somente a análise das circunstâncias de cada caso permitirá ao órgão julgador identificar se houve ou não violação aos princípios constitucionais, especialmente da razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que não está previsto de forma expressa no ordenamento jurídico um parâmetro para regular a proporção entre servidores públicos concursados e aqueles ocupantes de cargo em comissão. Consequentemente, não pode o órgão julgador, por decisão judicial, impor um limite máximo de cargos em comissão fundado critérios puramente subjetivos, é preciso que desenvolva argumentos lógicos a partir de dados concretos que se possam levantar de cada caso levado a juízo.

Nesse sentido, existe precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que reformou decisão de primeira instância que, em sede de tutela antecipada, determinou a limitação do número de cargos em comissão em todas as esferas do poder executivo municipal a 150 e a proibição do aumento do número de cargos em comissão em patamar maior do que 123 novos cargos por grupo de 100.000 habitantes, conforme ementa do seguinte julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Tutela antecipada deferida parcialmente, pelo Juízo de 1º. Grau, determinando a exoneração gradativa de todos os ocupantes de cargos em comissão de assessoria e assistência (exceto os assistentes de prefeito, vice-prefeito, chefe de gabinete, ouvidor – geral e secretário), além de todos os cargos em comissão de chefia e direção que não se enquadrem nas hipóteses legais, ou quaisquer outras denominações que lhes venham substituir até sua total consumação. R. decisão mantida neste ponto. Recurso provido parcialmente para reformar a r. decisão agravada que determinou a limitação do número de cargos em comissão em todas as esferas do poder executivo a 150 e a proibição do aumento do número de cargos em comissão em patamar maior do que 123 novos cargos por grupo de 100.000 habitantes. Não obstante a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário se evidenciada a criação excessiva de cargos comissionados, há que se reconhecer a impossibilidade, ao menos nesta fase processual, de estabelecimento prévio por meio de decisão judicial de limite do número de cargos em comissão a serem criados pelo Município – Constituição Estadual que não estabelece de forma expressa parâmetro para regular a proporção entre servidores públicos concursados e aqueles ocupantes de cargo em comissão. Análise que deverá se dar caso a caso, com observância aos princípios norteadores do direito administrativo, sobretudo o princípio da razoabilidade. Precedentes do C. Órgão Especial deste E. TJSP. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-SP -

AI: 20322941820168260000 SP 2032294-18.2016.8.26.0000, Relator: Flora Maria Nesi Tossi Silva, 13ª Câmara de Direito Público, Data de Julgamento: 24/08/2016, Data de Publicação: 26/08/2016)

Com efeito, se por um lado deve-se coibir a criação de cargos em comissão em número que se mostre patentemente excessivo, por outro não se pode invalidar leis que criam cargos dessa natureza com base tão somente em subjetivismos do órgão judicial. Tratando-se de cargos vocacionados para provimento em comissão, em percentual compatível, não há como cercear a liberdade administrativa, que ficará unicamente adstrita à sua inquestionável vontade. Isto porque, a sua discricionariedade aqui é política.²¹³

Márcio Cammarosano pontua que, mesmo quando se invoca a razoabilidade para fulminar abusos do exercício da função legislativa, é preciso desenvolver argumentos dotados de logicidade a partir de dados concretos que se possam levar, racional e não emocionalmente, a esta ou aquela conclusão. O autor enfatiza, ainda, que se por um lado devem ser evitados excessos na criação de cargos de confiança, de outro não há porque ser demasiadamente tímido na sua criação, que deve ser adequada às reais necessidades das entidades ou órgãos governamentais, necessidades essas devidamente apuradas e que possam ser demonstradas se e quando se fizer necessário.²¹⁴

Na mesma linha, Vanice Lírio do Valle sustenta que:

[...] atenta contra a sistemática constitucional tanto o superdimensionamento de supostos cargos de direção, chefia e assessoramento em órgãos públicos – que mascaram, em verdade, uma burla ao princípio concursivo, quanto a insuficiência desses mesmos postos, que pode resultar em acefalia de setores administrativos importantes, que sem estrutura de comando, tendem quando menos, a uma ação administrativa ineficiente.²¹⁵

²¹³ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Servidores públicos*. 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 43

²¹⁴ CAMMAROSANO, Márcio. Cargos em comissão: algumas reflexões em face de limites constitucionais e da orientação do STF. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes *et al.* (Coord.). *O Direito Administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 357-358.

²¹⁵ Valle, Vanice Lírio do. Cargos em comissão, seu caráter instrumental à boa administração e os respectivos limites constitucionais. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 7, n.81, nov. 2007. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=48352>. Acesso em: 20 de set. 2016.

Destarte, a criação de cargos em comissão não importa si só em violação aos princípios do concurso público e da proporcionalidade, devendo-se aquilatar em caso, a partir de dados concretos, a existência ou não de excessos ou desvios no exercício da discricionariedade legislativa. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3942, cuja decisão foi assim ementada:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º DA LEI N. 11.075/2004. CRIAÇÃO DE CARGOS E FUNÇÕES GRATIFICADAS NO MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO. POSSIBILIDADE DE FUSÃO DE PROJETO DE LEI EM PROJETO DE CONVERSÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA EM LEI QUANDO PROPOSTOS PELA MESMA AUTORIDADE. A CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO E DE FUNÇÕES GRATIFICADAS IMPUGNADA FOI ACOMPANHADA DE ESTIMATIVA DE DESPESA E DA RESPECTIVA FONTE DE CUSTEIO E NÃO IMPORTA CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DO CONCURSO PÚBLICO E DA PROPORCIONALIDADE. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (ADI 3942, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-040 DIVULG 02-03-2015 PUBLIC 03-03-2015)

Após análise da aplicação dos princípios constitucionais no controle da criação de cargos em comissão, o próximo tópico abordará a proibição do nepotismo como limite subjetivo no provimento de cargos em comissão. Anote-se que, a despeito de se tratar de um limite concernente ao provimento e não à criação dos cargos em comissão – objeto deste trabalho, não se poderia deixar de analisa-lo posto que decorre da aplicação direta dos princípios constitucionais (art. 37, caput, da Constituição) e, por conseguinte, qualquer diploma infraconstitucional que vier a contrariá-lo padecerá de vício de inconstitucionalidade material.

8.4 A proibição do nepotismo

Ao lado dos limites objetivos à investidura em cargos em comissão (idade mínima de dezoito anos, gozo dos direitos políticos, estar quite com as obrigações eleitorais e militares, possuir o requisito de escolaridade quando exigido por lei, etc), existe ainda um limite subjetivo que deve ser observado no provimento desses cargos, qual seja: a proibição do nepotismo.

Com relação às origens do nepotismo, Luiz Alberto dos Santos e Regina Luna dos Santos Cardoso ensinam que:

As origens do nepotismo, ou da utilização clientelista, fisiológica ou eleitoreira dos cargos e empregos públicos, se confundem com a própria origem do Estado. Não apenas do Estado Moderno, mas da organização estatal em sua forma mais primitiva, de que é exemplo a estrutura monárquica de poder fundada essencialmente na ideia de hereditariedade, em que inexiste qualquer associação ou vinculação entre o direito de exercer o poder político e um sistema de mérito ou mesmo a impessoalidade.²¹⁶

De acordo com o dicionário, a palavra nepotismo significa “política de favorecimento de parentes e familiares por pessoas que possuem cargos importantes”.²¹⁷

Adam Bellow buscou esclarecer o sentido etimológico da palavra:

Os dicionários atribuem a palavra “nepotismo” ao latim *nepos*, que significa sobrinho ou neto. No entanto, se é tecnicamente precisa, essa etimologia é ilusoriamente estrita. Na realidade, a palavra deriva do italiano *nepote*, que pode referir-se a praticamente qualquer membro da família, de qualquer geração, homem ou mulher. O termo nepotismo foi cunhado no século XIV ou XV para indicar a prática corrupta de nomear parentes do papa para administração – geralmente filhos ilegítimos, ditos “sobrinhos”, e por muito tempo essa origem eclesiástica refletiu-se nos dicionários. (Ainda hoje alguns dicionários trazem a definição secundária de “sobrinho” como “filho ilegítimo de um clérigo”).²¹⁸

No entanto, Rodrigo Andreotti Musetti discorda dessa teria etimológica da palavra, expondo que:

De fato, a prática que se pretende atribuir, originariamente, ao papado está longe de ser real e verídica. Isto nos conduziu à investigação da origem histórica da prática daquilo que, por extensão, convencionou-se chamar de nepotismo. Aliás, é bom lembrar que dicionários, inclusive os jurídicos, e enciclopédias, por melhores que sejam, não são considerados fontes do Direito, nem mesmo fontes secundárias. [...] podemos afirmar, com segurança, que o estudo etimológico (especialmente da gramática histórica) da práxis atribuída incorretamente à palavra nepotismo não permite nenhuma indução especulativa quanto à capacidade e competência dos parentes favorecidos, quanto menos vincular estes dois conceitos (capacidade e competência) ao já deturpado significado que se pretende atribuir à

²¹⁶ SANTOS, Luiz Alberto dos; CARDOSO, Regina Luna dos Santos. *Corrupção, nepotismo e gestão predatória: um estudo do caso brasileiro e alternativas para seu enfrentamento*. Disponível em: <<http://www.clard.org.br/fulltext/0052003.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016, p. 87.

²¹⁷ Dicionário escolar da língua portuguesa/Academia Brasileira de Letras. 2. Ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008. p.901

²¹⁸ BELLOW, Adam. *Em louvor do nepotismo: uma história natural*. São Paulo: A Girafa, 2006. p.34.

palavra nepotismo. Se considerarmos apenas o significado originário da palavra nepotismo (nepote + ismo), perceberemos que ficará restrito à prática de nomear sobrinho, neto ou descendente para ocuparem posições de importância! Com a ajuda da etimologia, poderemos chegar próximos de uma interpretação sistemática e extensiva (sem ingressarmos no mérito de tal extensão), e considerar nepotismo como a prática, por parte dos ocupantes do poder, de nomear familiares para posições e alta importância, independente de suas qualificações, nada além disso.²¹⁹

Deixando de lado a divergência quanto à origem etimológica da palavra, o que importa saber é que o conceito que se atribui à prática de nepotismo é a nomeação de familiar, por uma autoridade, para assunção de posições relevantes, independentemente de suas qualificações.

Em que pese ter a sua origem na organização estatal em sua forma mais primitiva, a discussão acerca do nepotismo é bastante atual no âmbito jurídico.

No Brasil, desde os tempos do Império, essa prática foi ampla e largamente utilizada no serviço público. Apesar de ser repudiada pela sociedade, não havia disposição legal expressa que a proibisse. Com a Constituição Federal de 1988, que consagrou os princípios norteadores da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, etc.) e a obrigatoriedade do concurso público para acesso aos cargos e empregos públicos, a prática do nepotismo passou a ser contestada perante os tribunais brasileiros.²²⁰

Em 1.990, foi editada a Lei n.º 8.112/90 (Estatuto dos servidores públicos da União, autarquias e fundações públicas federais), que vedou ao servidor público manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil (art. 117, VIII), estabelecendo que o desrespeito a essa regra gera infração funcional leve, punível com advertência (art. 129).

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), instituídos pela Emenda Constitucional n.º 45/04 como órgãos

²¹⁹ MUSETTI, Rodrigo Andreotti. O nepotismo legal e moral nos cargos em comissão da administração pública. *Revista de Direitos Difusos*, [S.l.] v. 10, p. 1355-1363, p. 1357, dez 2001.

²²⁰ Vide decisões do Supremo Tribunal Federal (ADI 1.521 – Rio Grande do Sul; MS 23.780-5 – Maranhão; ADC 12 – MC/DF)

responsáveis pelo controle administrativo dessas importantes instituições, adotaram algumas medidas de combate ao nepotismo no âmbito de suas competências.

Pelo CNJ foram editadas as Resoluções de n.º 7 (de 18.10.2005), de n.º 9 (de 06.12.2005) e de n.º 21 (de 29.08.2006). O CNMP editou as Resoluções n.º 1 (de 19.06.2007), n.º 7 (de 14.04.2006) e n.º 21 (de 19.06.2007), tendo essas duas últimas sofrido alterações pela Resolução de n.º 28, de 26.02.2008. Esses diplomas proíbem a presença de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive dos respectivos membros ou juízes vinculados ao tribunal, assim como de qualquer servidor ocupante de cargo de direção ou assessoramento, para exercer cargo em comissão ou função de confiança, para as contratações temporárias e para as contratações diretas com dispensa ou inexigibilidade de licitação em que o parentesco exista entre os sócios, gerentes ou diretores da pessoa jurídica. As resoluções também proíbem o nepotismo cruzado, ou seja, as nomeações de parentes de outros membros do Poder Judiciário ou do Ministério Público em circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra mediante reciprocidade nas nomeações ou designações (famosa “troca de favores”). Excetuaram-se dessas proibições as nomeações ou contratações que decorram de prévia aprovação em concurso público ou vitória em procedimento licitatório.²²¹

Entretanto, somente depois de passados praticamente vinte anos de vigência da Carta de 1988, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a proibição do nepotismo decorre diretamente do art. 37, caput, da Constituição Federal, em especial dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa. Diante de diversas ações judiciais que contestavam a prática de nepotismo no serviço público brasileiro, foi editada, no ano de 2008, a Súmula Vinculante n.º 13 (publicada em 29.8.2008), que passou a proibir expressamente o nepotismo em qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o seguinte teor:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios,

²²¹ MARINELA, Fernanda. *Servidores públicos*. Niterói: Impetus, 2010. p. 115-116.

compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Como se vê, a prática do nepotismo viola diretamente a Carta da República, especialmente os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa. Dessa afirmação extrai-se que nenhum diploma infraconstitucional pode contrariar o disposto na súmula vinculante n.º13, sob pena de incidir em inconstitucionalidade material por violação aos princípios constitucionais expressos no art. 37, caput, da Constituição.

Feita essa observação, faz-se necessário agora compreender os termos e abrangência da referida súmula.

Primeiramente, deve-se recorrer ao Código Civil Brasileiro para estabelecer o alcance da súmula no grau de parentesco consanguíneos ou afins. Dessa forma, de acordo com os artigos 1.591 e 1.595 do Código Civil, fica proibido pela súmula a nomeação para cargos em comissão ou função de confiança do cônjuge ou companheiro, pais, filhos, irmãos, avôs, netos, bisavôs, tios, sobrinhos e bisnetos.

Contudo, é imprescindível ressaltar que, inobstante a definição de parentesco pela Súmula Vinculante n.º 13, o Supremo Tribunal Federal tem reiterado, em diversos julgados, a importância da análise dos casos concretos para conclusão a respeito da existência de nepotismo, firmando o entendimento de que a proibição não decorre diretamente da relação de parentesco entre a pessoa nomeada/designada e o agente político ou servidor público ocupante de cargo em comissão, mas da presunção de que a escolha para ocupar cargo de direção, chefia ou assessoramento tenha sido direcionada a pessoa com relação de parentesco com alguém que tenha potencial de interferir no processo de seleção. Nesse diapasão, é o excerto da seguinte decisão:

[...] A incompatibilidade da prática enunciada na Súmula Vinculante n.º13 com o art. 37, caput, da CF/88 não decorre diretamente da existência de relação de parentesco entre pessoa designada e o agente político ou servidor público ocupante de cargo em comissão ou função comissionada, mas da presunção de que a escolha para ocupar cargo de direção, chefia ou assessoramento tenha sido direcionada a pessoa com relação de parentesco com alguém que tenha potencial de interferir no processo de seleção. (STF - Rcl nº

19.529 AgR, Relator: Min. Dias Toffoli, Julgamento: 15.03.2016; Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe-072)²²²

José dos Santos Carvalho Filho defende que a proibição de que trata a referida súmula não alcança os servidores titulares de cargo de provimento efetivo ou vitalício, segundo a lição abaixo transcrita:

Não obstante o silêncio da referida Súmula a respeito, parece-nos que a proibição de que trata não alcança os servidores titulares de cargo de **provimento efetivo ou vitalício** – ressalva, aliás, que, como visto acima, foi prevista na citada Resolução do CNJ. O alvo efetivo do favorecimento ilegal concentra-se em cônjuges, parentes etc., que **não integram** os quadros funcionais. Diferente é a hipótese daqueles servidores – que não somente já os integram, como ainda tiveram o seu ingresso condicionado à previa aprovação em concurso público. Sendo assim, e por força do princípio da impessoalidade, não poderiam sofrer discriminação relativamente a colegas com a mesma situação jurídica. Nesses casos, a vedação – isto sim – deve recair tão-só na impossibilidade de o nomeado para cargo em comissão ficar diretamente subordinado ao parente responsável pela nomeação.²²³ (grifo do autor)

A partir da leitura do enunciado da Súmula Vinculante n.º13, deve-se observar, outrossim, que a vedação ao nepotismo se restringe aos cargos em comissão e funções de confiança e gratificadas, não abarcando as nomeações para cargos políticos de ministros, secretários estaduais e municipais.

Em precedente da Suprema Corte, que deu ensejo à referida súmula, o Ministro Ayres Britto enfrentou a distinção existente entre cargos estritamente administrativos e cargos políticos, situando os cargos de Ministro de Estado e seus equivalentes nas esferas estadual e municipal entre esses últimos para efeito de aplicação da proibição do nepotismo, nos seguintes termos:

Senhor Presidente, quando introduzi essa discussão, a partir do voto do Ministro Marco Aurélio, sobre a distinção entre cargo em comissão e função de confiança, de um lado, e, do outro, cargo de Secretário Municipal, Secretário de Estado, Ministro de Estado, portanto, cargos de natureza política, claro que eu não quis dizer que esses princípios do artigo 37 - legalidade e moralidade - não se aplicam aos dirigentes superiores de toda a Administração Pública. Agora, os cargos aqui referidos no inciso V do artigo 37 são singelamente administrativos;

²²² MOTTA, Fabrício. Regime jurídico dos cargos em comissão, Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 16, n. 184, p. 37-40, jun. 2016, p. 3.

²²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22ª ed. rev., ampl e atualizada até 10/07/2009, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 584.

são cargos criados por lei, não são nominados pela Constituição. Os cargos de Secretário de Estado, Secretário Municipal têm por êmulo ou paradigma federal os cargos de Ministro de Estado cuja natureza é política, e não singelamente administrativa. Diz a Constituição Federal sobre o Poder Executivo: o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado (art. 76). Ou seja, os Ministros de Estado são ocupantes de cargos de existência necessária, política, porque componentes do governo. Aonde eu quero chegar? O Chefe do Poder Executivo é livre para escolher seus quadros de governo, mas não o é para escolher seus quadros administrativos, porque dentre os quadros administrativos estão os cargos em comissão, os cargos de provimento efetivo e as funções de confiança. A própria Constituição, sentando praça desse caráter constitucional, eminentemente político, dos Ministros de Estado - e isso vale no plano dos Estados-membros e no plano dos municípios, além de dizer os requisitos deles - 'os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos' -, diz o que basicamente lhes compete. Então, o assento, o *locus* jurídico dos auxiliares de governo é diretamente constitucional. A Constituição Federal está a atestar o caráter político do cargo e do agente. Por isso, o que decidimos no plano da ADC nº 12, e agora servindo de fundamento para a nova decisão, a proibição do nepotismo arranca, decola, deriva diretamente dos princípios do artigo 37, que são princípios extensíveis a toda a Administração Pública de qualquer dos Poderes, de qualquer das pessoas federadas. Tudo isso na vertente, na perspectiva de cargos em comissão e funções de confiança, que têm caráter apenas administrativo, e não caráter político (RE nº 579.951/RN, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 23/10/08) (grifo nosso).

Por ocasião do mesmo julgamento, o Ministro Gilmar Mendes acrescentou a seguinte ponderação:

Também eu já havia intuído a necessidade de uma ressalva em relação às funções de natureza eminentemente política. É tradição mundial – a de Jhon e Bob Kennedy – e, no próprio plano nacional, muitas vezes parentes ou irmãos fazem carreiras paralelas e estabelecem um plano eventual de cooperação – temos governadores e secretários de Estado, sem que haja qualquer conotação de nepotismo. Parece-me que devemos, então, ter cuidado quanto à fixação. (RE nº 579.951/RN, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 23/10/08) (grifo nosso)

Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em juízo preliminar, que a decisão que suspendeu a nomeação do irmão do governador do Estado do Paraná para o cargo de Secretário Estadual de Transportes ofendera a Súmula Vinculante n.º 13. A ementa do julgado foi assim redigida:

AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR EM RECLAMAÇÃO. NOMEAÇÃO DE IRMÃO DE GOVERNADOR DE

ESTADO. CARGO DE SECRETÁRIO DE ESTADO. NEPOTISMO. SÚMULA VINCULANTE Nº 13. INAPLICABILIDADE AO CASO. CARGO DE NATUREZA POLÍTICA. AGENTE POLÍTICO. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.951/RN. OCORRÊNCIA DA FUMAÇA DO BOM DIREITO. 1. Impossibilidade de submissão do reclamante, Secretário Estadual de Transporte, agente político, às hipóteses expressamente elencadas na Súmula Vinculante nº 13, por se tratar de cargo de natureza política. 2. Existência de precedente do Plenário do Tribunal: RE 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE 12.9.2008. 3. Ocorrência da fumaça do bom direito. 4. Ausência de sentido em relação às alegações externadas pelo agravante quanto à conduta do prolator da decisão ora agravada. 5. Existência de equívoco lamentável, ante a impossibilidade lógica de uma decisão devidamente assinada por Ministro desta Casa ter sido enviada, por fac-símile, ao advogado do reclamante, em data anterior à sua própria assinatura. 6. Agravo regimental improvido” (Rcl nº 6.650/PR-MCAGR, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe de 21/11/08).

Contudo, é imperioso ressaltar que o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal não exclui a possibilidade de se anularem atos de nomeação para cargos políticos quando restar comprovado, em cada caso, a configuração de “nepotismo cruzado” ou fraude à lei, não sendo suficiente para tanto apenas a demonstração da relação de parentesco entre os agentes políticos. É o que se extrai do excerto do voto do Ministro Cezar Peluso, no julgamento do RE n.º 579.951/RN, abaixo transcrito:

[...] Então, a menos que – essa era a ressalva que faço – se tratasse do chamado 'favor cruzado', isto é, que o prefeito tivesse nomeado, como secretário, o irmão de vereador e este, na Câmara, tivesse, de algum modo, nomeado para a Câmara Municipal um parente do prefeito, eu veria, aí sim, característica típica do chamado 'nepotismo cruzado', que me parece alcançado pela regra da impessoalidade (STF – RG RE nº 579.951/RN, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 23/10/08) (grifo nosso)

No mesmo sentido, foi a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Reclamação 7.590 – PR, conforme a seguinte ementa:

Reclamação – Constitucional e administrativo – Nepotismo – Súmula vinculante nº 13 – Distinção entre cargos políticos e administrativos – Procedência. 1. Os cargos políticos são caracterizados não apenas por serem de livre nomeação ou exoneração, fundadas na fidúcia, mas também por seus titulares serem detentores de um munus governamental decorrente da Constituição Federal, não estando os seus ocupantes enquadrados na classificação de agentes administrativos. 2. Em hipóteses que atinjam ocupantes de cargos

políticos, a configuração do nepotismo deve ser analisado caso a caso, a fim de se verificar eventual “troca de favores” ou fraude a lei. 3. Decisão judicial que anula ato de nomeação para cargo político apenas com fundamento na relação de parentesco estabelecida entre o nomeado e o chefe do Poder Executivo, em todas as esferas da federação, diverge do entendimento da Suprema Corte consubstanciado na Súmula Vinculante nº 13. 4. Reclamação julgada procedente. (Rcl 7590/PR, Relator: Ministro Dias Toffoli, Órgão Julgador: Primeira Turma, DJe 14.11.2014)

Exaurida a análise da proibição do nepotismo como limite subjetivo de observância obrigatória no provimento dos cargos em comissão, deve-se, por fim, avaliar a existência de outros limites que tem sido reclamado para os cargos em comissão.

8.5 Outros limites à discricionariedade no provimento de cargos em comissão

Como se pôde ver, o constituinte utilizou-se de conceitos vagos nos dispositivos que autorizam a criação de cargos em comissão (art. 37, incisos II e V), deixando para o legislador ordinário a missão de integrar os comandos constitucionais na elaboração das leis instituidoras desses cargos, cuja iniciativa é privativa do Chefe do Poder ou da Instituição a que se vinculam.

É verdade, como outrora dito, que muitos excessos e arbitrariedades são cometidos no exercício da competência discricionária para a criação e provimento de cargos de confiança. Não raramente se vê pessoas ocupando esses postos de trabalho sem qualquer qualificação ou aptidão para execução das atribuições do cargo que titularizam. Os órgãos de controle têm envidado esforços no combate a essas práticas perniciosas na Administração Pública, buscando a invalidação de leis que criam cargos em comissão em patente descompasso com a Constituição, bem como a anulação dos atos de nomeação que transgridam a ordem jurídica vigente.

Certo é que qualquer requisito ou condição para a criação ou investidura em cargos públicos deve estar disposto na Constituição ou nas leis. Os limites fixados pelo constituinte em relação à criação e provimento dos cargos em comissão já foram analisados nas seções anteriores deste Capítulo. Entretanto, há quem defenda ser possível extrair outros limites do texto constitucional, tal como a exigência do critério

meritocrático para a investidura no cargo e obrigatoriedade de motivação do ato de nomeação.

Clenio Schulze defende que, a despeito da inexistência de previsão expressa na Constituição Federal, a nomeação para cargo comissionado deve observar requisitos objetivos, dentre os quais o de meritocracia e o dever de motivar o ato de nomeação em atenção aos princípios da igualdade, da impessoalidade, da moralidade, da transparência e da eficiência. Desse modo, afirma o autor, é indispensável que a lei criadora de cargos em comissão limite a discricionariedade do administrador, fixando um nível mínimo de escolaridade ou exigência de atuação prévia na atividade a que a fidúcia se refere. Sustenta, ainda, que a autoridade nomeante deve expor as razões que o levaram à escolha do nomeado, destacando especialmente a sua qualificação profissional e acadêmica (critério meritocrático), a fim de permitir o controle judicial e informar à sociedade que o nomeado possui condições suficientes para desempenhar o cargo público. Por fim, Clenio Schulze conclui que a não observância desses requisitos para a nomeação do cargo comissionado sujeitará o ato administrativo ao controle judicial, autorizando-se o Magistrado a anular o ato de nomeação ante a omissão (ausência de motivação) ou pelo demérito do ato (ausência de critério meritocrático).²²⁴

Em que pese seja salutar o cumprimento desses requisitos para o controle jurisdicional dos atos de nomeação, não se pode concordar tais limites sejam extraíveis diretamente do texto constitucional, porquanto os únicos critérios estabelecidos pela Constituição à investidura em cargo de provimento em comissão é o da confiança pessoal e da proibição do nepotismo (Súmula Vinculante n.º 13 do Supremo Tribunal Federal). Desse modo, qualquer outro limite ou condição que se queira estabelecer para a investidura nesses cargos, por mais legítimo que possa parecer, deve estar previsto em lei, em respeito aos princípios constitucionais da legalidade e da segurança jurídica.

Nessa esteira, ao tratar da exigência de requisito de escolaridade para investidura em cargos em comissão, Márcio Cammarosano ensina que:

Cargos em comissão há de cujos titulares cabe esperar, sobretudo, sensibilidade e descortino político, conhecimento e envolvimento com

²²⁴ SCHULZE, Clenio Jair. *Meritocracia: requisito necessário ao provimento de cargos em comissão*. Revista síntese direito administrativo, n. 72, dez. 2011, p-114-123. p. 119-120.

essa ou aquela comunidade, este ou aquele setor. Sensibilidade no trato com os cidadãos, especialmente daqueles com os quais, no exercício de mandato político, o agente público a ser assessorado, assistido, deve revelar habilidade insusceptível de ser dimensionada mediante critérios dotados de objetividade, e que requisito algum de escolaridade pode assegurar.

É essa uma das razões pelas quais a Constituição da República, gostemos ou não, refere-se ao cargo em comissão como aquele declarado em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, II), como se verifica, sobretudo, em se tratando de atribuições de assessoramento (art. 37, V).

Sábia, nesse particular, a Constituição da República que, como todo repositório de normas jurídicas, deve ser interpretada como é, e não como gostaríamos que fosse, interpretada sem preconceitos ou má vontade, e consoante imperativos de ordem sistemático-teleológica, interpretação comprometida enfim com os valores e princípios por ela juridicizados, e nos termos em que juridicizados.²²⁵

Portanto, compete ao legislador ordinário a definição de qualquer requisito especial (grau de escolaridade, qualificação profissional, etc.) a ser exigido para a investidura e exercício de cargos em comissão ou de qualquer outro cargo público. Entrementes, não se pode olvidar que quando as atribuições do cargo implicar no exercício de profissão regulamentada, a pessoa a ser nele investida deverá possuir a qualificação exigida pela lei regulamentadora da profissão, ainda que tais condições não estejam previstas na lei instituidora do cargo. Mas, nota-se que, mesmo nesses casos, a exigência do requisito de escolaridade ou qualificação profissional já decorrem da lei regulamentadora da profissão considerada.

É o caso, por exemplo, do cargo de assessor jurídico, cujas atribuições implicam no exercício da advocacia, nos termos do artigo 1º, inciso II, da Lei n.º 8.906, de 04 de julho de 1994 – Estatuto da Advocacia. Nessa hipótese, mesmo que a lei criadora do cargo silencie a respeito, o nomeado deverá possuir o título de bacharel em direito e inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil.²²⁶

Ressalta-se, por oportuno, que os requisitos especiais à investidura em cargos em comissão podem ser fixados na lei criadora do cargo, no estatuto funcional do respectivo ente e até mesmo por diploma legal superveniente, pois nada impede

²²⁵ CAMMAROSANO, Márcio. Cargos em comissão: algumas reflexões em face de limites constitucionais e da orientação do STF. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes *et al.* (Coord.). *O Direito Administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 361.

²²⁶ *Id.*

que após a instituição do cargo o legislador ordinário estabeleça outros requisitos legais à investidura, os quais deverão ser rigorosamente respeitados pela autoridade nomeante a partir da vigência da nova lei, sob pena de nulidade do ato nomeação.

Destarte, o juízo quanto à conveniência e oportunidade de estabelecer ou não requisitos de escolaridade, deste ou daquele grau, ou desta ou daquela qualificação profissional, é do legislador, e apenas dele.²²⁷ A competência legislativa, por sua vez, é informada pela discricionariedade, cujo limites são única e exclusivamente os extraíveis do sistema constitucional.

De outra banda, apesar dos relevantes argumentos invocados por aqueles que advogam o dever de motivação do ato de nomeação para cargos em comissão, a Constituição é clara ao dispor esses cargos são aqueles declarados em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, da CF). Deveras, tanto os atos de nomeação quanto os de exoneração de cargos em comissão são atos discricionários que dispensam motivação, ou seja, a autoridade competente não precisa expor as razões que a levou a nomear ou exonerar o servidor comissionado.²²⁸ Essa liberdade justifica-se na própria razão de ser dessa espécie de cargo público, que, tal como visto, são vocacionados para serem ocupados transitoriamente por pessoas de estrita confiança da autoridade nomeante, que ali estejam com a finalidade de incrementar as metas e as prioridades fixadas pelo agente público superior.²²⁹

Contudo, embora seja dispensável a motivação do ato discricionário de nomeação e exoneração para cargo de confiança, caso a autoridade decline as razões que a levou a prática do ato, a motivação estará sujeita ao controle judicial, quando poderá ser reconhecida a ilegalidade do ato. A teoria dos motivos determinantes vincula a Administração Pública à existência, validade e adequação dos motivos

²²⁷ Ibidem, p. 361.

²²⁸ Nesse sentido: Márcio Cammarosano (CAMMAROSANO, Márcio. *Provimento de cargos públicos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 94); Celso Antônio Bandeira de Mello (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed. rev. atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 310); José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22ª ed. rev. ampl. e atualizada até 10/07/2009, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 583); e, Fabrício Motta (MOTTA, Fabrício. Cargos, empregos e funções públicas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Servidores públicos na Constituição Federal*/ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta, Luciano de Araújo Ferraz. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 22).

²²⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*/Luiz Alberto David Araujo, Vidal Serrano Nunes Junior.-18. Ed., atual. até a EC 76 de 28 de novembro de 2013.-São Paulo: Editora Verbatim, 2014, p. 428.

eventualmente apresentados para a prática do ato e ao controle judicial de legalidade desta fundamentação, mesmo quanto aos atos discricionários que dispensam motivação. Nesse sentido, é o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR EFETIVO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. ART. 19, § 3º, DA LC nº 13/94. POSSIBILIDADE DE NOMEAÇÃO PARA CARGO EM COMISSÃO NOS DOIS ÚLTIMOS NÍVEIS. AUSÊNCIA DE EXPRESSA VEDAÇÃO À NOMEAÇÃO PARA OS DEMAIS CARGOS COMISSIONADOS. EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO PREFERENCIALMENTE POR SERVIDORES EFETIVOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 37, II, DA CF. CARGO DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 37, V, DA CF. AUSÊNCIA DE RESTRIÇÃO CONSTITUCIONAL PARA NOMEAÇÃO DE SERVIDOR EFETIVO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. 1. Os cargos em comissão são de livre nomeação e exoneração, ex vi do art. 37, II, parte final, da Constituição da República, constituindo um verdadeiro truísmo a assertiva de que a escolha dos servidores comissionados cabe discricionariamente à autoridade competente. 2. Ninguém possui direito líquido e certo a ocupar cargo em comissão, de forma que a recusa à nomeação para estes cargos ou a própria exoneração, a priori, não viola direito algum. 3. Pela teoria dos motivos determinantes, a Administração Pública fica vinculada à existência, validade e adequação dos motivos eventualmente apresentados para a prática do ato e ao controle judicial de legalidade desta fundamentação, mesmo quanto aos atos discricionários, em que não é obrigatória a motivação. 4. A autoridade não está obrigada a expor os motivos pelos quais deixa de nomear servidor efetivo para cargo em comissão. Porém, caso a autoridade decline os motivos da recusa, a motivação está sujeita ao controle judicial, quando poderá ser reconhecida a ilegalidade do ato, com a consequente nomeação, ressalvada a discricionariedade da autoridade competente de promover, a qualquer tempo, nova exoneração ad nutum, com ou sem motivação. 5. A inaplicabilidade da lei (art. 19, § 3º, da LC nº 13/94) ou a interpretação que lhe foi dada é apenas a causa de pedir do mandado de segurança, que, em verdade, questiona a legalidade do ato do Presidente desta Corte que indeferiu pedido de nomeação para cargo em comissão com fundamento naquele dispositivo legal. Inaplicabilidade da Súmula 266 do STF. 6. A afirmação de fato do impetrante (os fatos por ele alegados) é a ilegalidade indeferimento de sua nomeação, cuja motivação teria violado direito líquido e certo. Este fato se encontra comprovado com a cópia da decisão do Presidente deste Tribunal. 7. O art. 19, § 3º, da LC nº 13/94, ao autorizar o exercício de cargo em comissão nos dois níveis mais elevados por servidor público em estágio probatório, não veda que estes servidores ocupem os demais cargos comissionados. 8. A interpretação dada ao dispositivo legal pela autoridade coatora, vedando a nomeação de servidores efetivos (em estágio probatório) para a maioria dos cargos em comissão deste Tribunal, contraria o art. 37, V, da Constituição Federal, que incentiva a nomeação de servidores efetivos para cargos comissionados sem estabelecer qualquer restrição quanto aos servidores em estágio probatório. 9. Segurança concedida para determinar a nomeação do impetrante,

preservando-se a discricionariedade do desembargador de solicitar sua exoneração ad nutum, bem como a possibilidade do Presidente exonerá-lo, a qualquer tempo, com ou sem motivação. (TJ-PI - MS: 00005023920158180000 PI 201500010005025, Relator: Des. Erivan José da Silva Lopes, Data de Julgamento: 05/11/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 19/05/2015 11/11/2015) – (grifo nosso).

Pelo exposto, a outra conclusão não se pode chegar senão a de que a Carta da República, no que concerne ao provimento de cargos em comissão, confere ao administrador público discricionariedade para nomear pessoa de sua estrita confiança e também para exonera-la do cargo a qualquer tempo, independentemente de motivação. Os limites desta discricionariedade são apenas aqueles estabelecidos pelas leis de âmbito local e nacional (idade mínima de 18 anos; alistamento eleitoral; quitação das obrigações eleitorais e militares; apresentação da declaração de bens e rendas; e eventuais requisitos de qualificação profissional exigidos por lei para o exercício de profissões regulamentadas) e pela Constituição (critério da confiança pessoal, proibição do nepotismo, acessibilidade aos brasileiros natos e naturalizados e aos estrangeiros nos termos da lei). Dessa forma, os atos de nomeação expedidos em estrita conformidade com as leis em vigor e com a Constituição são atos válidos, insuscetíveis de ensejarem responsabilização da autoridade competente que os tenha expedido.²³⁰

²³⁰ CAMMAROSANO, Márcio. Cargos em comissão: algumas reflexões em face de limites constitucionais e da orientação do STF. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes *et al.* (Coord.). *O Direito Administrativo na jurisprudência do STF e do STJ*: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 357.

CONCLUSÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adotou o modelo de Administração Pública burocrática, que busca combater resquícios de práticas patrimonialistas, ainda tão presentes em nossa sociedade, por meio de mecanismos de controle dos processos de decisão e da profissionalização do funcionalismo burocrático, com a organização de carreiras profissionais e processo de seleção que garante igualdade de oportunidades e privilegia o mérito individual no acesso a cargos públicos e empregos públicos. Essa é uma das razões pelas quais o constituinte de 1988 determina que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deve atender os princípios administrativos (legalidade, impessoalidade, razoabilidade e proporcionalidade, moralidade, publicidade e eficiência – artigo 37, caput, da Constituição) e a obrigatoriedade da realização de concurso público de provas ou de provas e títulos para o provimento de cargos ou empregos públicos (art. 37, II, da Constituição).

Portanto, a exigência do concurso público para investidura em cargos e empregos públicos é a regra geral. A violação a essa regra, seja pela ausência ou presença viciada de concurso público, contamina qualquer ato de investidura de inconstitucionalidade, o que deve resultar na invalidação da relação jurídica surgida entre a Administração Direta ou Indireta e o ocupante do cargo ou emprego, tendo em vista as irregularidades na sua formação. Exige-se o concurso público como procedimento administrativo válido, para se evitar práticas de nepotismo, fisiologismo e desvios de moralidade administrativa.

Entretanto, existem exceções à regra, que, como tais, são apenas aquelas expressamente previstas na própria Constituição, quais sejam:

- 1) provimento de cargos em comissão;
- 2) designação para o exercício de função de confiança;
- 3) hipótese na qual a imposição do certame implicaria inviabilizar a atuação das empresas exploradoras de atividade econômica;
- 4) nomeação de Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União, bem como de

Desembargadores nos Tribunais de segunda instância;

5) contratação de servidores temporários para atender necessidade de excepcional interesse público, com base no art. 37, IX, da Constituição.

6) aproveitamento no serviço público de ex-combatentes que hajam participado efetivamente de operações bélicas na II Guerra Mundial (art. 53, I, do ADCT);

7) Defensores públicos – opção pela carreira (art. 22 do ADCT);

8) servidores públicos em exercício, há pelo menos cinco anos, em 05.10.1988 (art. 19 do ADCT).

Como se vê, a nomeação para cargos em comissão é uma das exceções à regra do concurso público.

Pode-se afirmar que cargo em comissão é uma espécie de cargo público isolado criado por lei e vocacionado para ser ocupado em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenche-lo com liberdade, a qual pode exonerar a qualquer momento quem o esteja titularizando, independente de motivação. Os ocupantes de cargos em comissão pertencem à categoria de agentes públicos denominados servidores públicos e submetem-se ao regime jurídico estatutário, disciplinado por lei do ente federativo a que se vinculam.

A previsão constitucional dos cargos em comissão está intrinsecamente relacionada com o regime democrático de governo, caracterizado substancialmente pela eleição dos governantes para exercício de mandatos temporários. A realização de políticas públicas decorre da materialização de decisões juspolíticas, que depende não só do exercício ordinário da função administrativa, mas também da atuação do Governo. O atuar do poder-Administração também demanda a presença de agentes de confiança dos dirigentes superiores, seja pelo que podem representar de instrumental ao bom desempenho de suas funções, seja porque são necessários à indispensável interlocução entre a instância política de governo e o corpo técnico e operacional competente à execução das referidas decisões. Por essas razões, o texto constitucional contempla a figura dos cargos em comissão como aqueles declarados

em lei de livre nomeação e exoneração, excluindo-os do requisito do concurso público (artigo 37, II).

Todavia, por se tratar de uma exceção à regra do concurso público, somente se admite a criação de tais cargos dentro dos exatos limites previstos na ordem constitucional.

O elemento “confiança” é uma das principais características dos cargos em comissão. No entanto, não é qualquer relação de confiança, como parentesco ou amizade, que pode ser levada a efeito para fins de provimento de um cargo em comissão. Esses cargos visam instrumentalização de decisões políticas no âmbito da Administração Pública e, por essa razão, seus ocupantes devem lealdade não apenas às instituições constitucionais e administrativas a que servem, comum a todos os servidores, mas também comprometimento político e disposição de fidelidade às diretrizes estabelecidas pela autoridade nomeante.

Ao lado dos cargos em comissão estão previstas no texto constitucional as funções de confiança (art. 37, V), que são plexos unitários de atribuições, criados por lei, correspondentes a encargos de direção, chefia ou assessoramento, a serem exercidos por titular de cargo efetivo, da confiança da autoridade que as preenche.

Os cargos em comissão e as funções de confiança assemelham-se basicamente quanto a: (a) restrição das atividades desempenhadas à direção, chefia e assessoramento; (b) existência de vínculo subjetivo de confiança; (c) instabilidade do vínculo; (d) submetem-se ao regime jurídico estatutário; e (e) constituem exceções à regra da investidura mediante concurso público.

Por outro lado, diferenciam-se porque a função de confiança só pode ser exercida por servidor que já for titular de cargo efetivo, enquanto o cargo em comissão pode ser titularizado por quem não pertence ao quadro de servidores permanentes, respeitado, todavia, o percentual mínimo desses cargos a serem preenchidos obrigatoriamente por servidores de carreira nos casos e condições previstos em lei.

Na verdade, como a Constituição utiliza-se de conceitos vagos ao tratar das funções de confiança e dos cargos em comissão, caberá à respectiva lei de criação integrar o comando constitucional, definindo se o agente de confiança deverá ser escolhido obrigatoriamente dentre servidores de carreira (funções de confiança), ou segundo a livre discricionariedade do administrador por agente de dentro ou de fora

do quadro de servidores (cargos em comissão), desde que respeitado o percentual mínimo de que trata o art. 37, V, da Constituição. Obviamente esta lei estará sujeita a controle jurisdicional posterior.

Os cargos em comissão são de provimento originário, sendo a nomeação de competência do: (a) Chefe do Executivo na Administração Central e se faz por decreto (art. 84, XXV, da Constituição Federal), podendo ser delegada aos Ministros (parágrafo único do mesmo artigo), hipótese na qual deve ser por eles efetuada mediante portaria; (b) Presidente do Tribunal a cuja órbita estejam afetos (art. 96, I, “c” e “e”); (c) Presidentes da Câmara ou do Senado, conforme se liguem a uma ou outra destas Casas (art. 51, IV, e 52, XIII).

A partir da posse, o nomeado para cargo em comissão é considerado servidor público para todos os fins e submete-se a um regime jurídico de natureza estatutária.

O regime jurídico dos cargos em comissão compreende o conjunto de normas e princípios atinentes à investidura, direitos, deveres e responsabilidades de titulares de cargos públicos, previstos na Constituição e nas leis do respectivo ente federativo, mas desde que sejam compatíveis com a natureza transitória e precária do provimento em comissão. Portanto, existem garantias e direitos previstos para os servidores titulares de cargos efetivos que não se aplicam aos comissionados, em razão da incompatibilidade que apresentam em relação à natureza transitória e precária do provimento do cargo em comissão.

Assim, adotando-se como parâmetro a Constituição Federal e as disposições do Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis da União (Lei n.º 8.112/90), pode-se afirmar que aos servidores comissionados aplica-se no tocante a:

1) *investidura no cargo*: a regra fundamental de acesso a cargos públicos prevista no art. 37, I, da Constituição (garante acesso a brasileiros natos, naturalizados e aos estrangeiros nos termos da lei), bem como os requisitos comuns à investidura em qualquer cargo público e outros específicos expressamente previstos em lei, observando-se o seguinte:

- 1.1) a competência legislativa para prescrever requisitos legais à investidura em cargo público é de cada ente político (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), mas à lei específica, de caráter local,

é vedado dispensar condições estabelecidas em lei nacional, como, por exemplo, as exigidas pelas leis eleitorais e do serviço militar, ou para o exercício de determinadas profissões (CF, art. 22, XVI);

- 1.2) de acordo com a Lei 8.112/90, são requisitos básicos à investidura em cargo público (art. 5º): a nacionalidade brasileira; o gozo dos direitos políticos; a quitação com as obrigações militares e eleitorais; o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo; a idade mínima de dezoito anos; aptidão física e mental.
- 1.3) não é possível a emancipação para o exercício de cargo em comissão, pois o Código Civil somente a permite para o exercício de emprego efetivo;
- 1.4) a Carta da República não determina limite máximo de idade para investidura ou permanência no cargo em comissão, podendo, inclusive, ser nomeado para o cargo servidor aposentado (exceto o aposentado por invalidez) com 75 anos ou mais, compulsoriamente ou não, independente da natureza do vínculo que o ligava ao Estado (estatutário ou celetista);
- 1.5) a Lei n.º 8.730, de 10.11.1993, estabelece a obrigatoriedade da apresentação da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos ou funções de confiança, na administração direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º, VII, e art. 7º).

2) *acumulação de cargos públicos*: a regra que veda a acumulação abrange também a remuneração pela participação em outro órgão de deliberação coletiva (art. 119 da Lei 8.112/90), mas não se aplica à remuneração devida pela participação do comissionado em conselhos de administração e fiscal das empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas (art. 119, parágrafo único, da Lei 8.112/90, com a redação dada pela Medida Provisória n.º 2.225-45 de 2001). Entende-se possível a acumulação apenas nas seguintes situações:

- 2.1) tratando-se de dois cargos em comissão, somente na hipótese prevista no art. 119 da Lei n.º 8.112/90, que permite ao servidor comissionado acumular outro cargo em comissão no caso de interinidade, sem prejuízo

das atribuições do que ocupa, devendo optar pela remuneração de um deles durante esse período (art. 9º, parágrafo único, da Lei 8.112/90);

2.2) acumulação de um cargo efetivo de professor com outro cargo em comissão de natureza técnica ou científica, desde que as aulas sejam ministradas fora do horário de expediente do órgão no qual exerce o cargo comissionado.

3) *proibição de acumular proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo público*: a exceção prevista art. 37, §10, da Constituição (acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 20/98), que permite a acumulação de proventos resultantes do art. 40 (servidores civis), art. 42 (militares) e art. 142 (militares das Forças Armadas), com a remuneração de cargo em comissão. Apesar da omissão no texto constitucional, nada obsta que o servidor aposentado pelo regime geral de previdência social seja nomeado para cargo em comissão, eis que nesse regime de previdência é possível a manutenção de vínculo laboral após a aposentaria e não existe nenhum impedimento legal limitativo da idade.

4) *direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição*, o direito a: remuneração não inferior ao salário mínimo, garantia de salário, décimo terceiro salário, remuneração superior do trabalho noturno, salário-família, limites de jornada de trabalho, repouso semanal remunerado, férias anuais remuneradas acrescidas de um terço, licença à gestante, licença paternidade, proteção do mercado de trabalho da mulher, redução dos riscos inerentes ao trabalho e proibição de diferença de salários (art. 39, §3º, da Constituição).

5) *remuneração*: o direito à revisão geral e anual prevista no art. 37, X, da Constituição, e o direito a percepção do vencimento do cargo, acrescido, se satisfeitos todos os requisitos legais, das seguintes vantagens pecuniárias previstas em lei (indenizações, adicionais e gratificações):

5.1) *indenizações*: ajuda de custo, diárias, transporte e auxílio moradia;

5.2) *adicionais e gratificações*: gratificação natalina; adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas; adicional noturno; adicional de férias; gratificação por encargo de curso ou concurso;

5.3) *adicionais por tempo de serviço* expressamente previstos no respectivo estatuto funcional;

6) *teto remuneratório*: o previsto no artigo 37, XI, da Carta da República, com as seguintes observações:

- 6.1) estão excluídas do teto remuneratório apenas as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei (exemplo: ajuda de custo, diárias, transporte, auxílio moradia);
- 6.2) no caso de acumulação de cargo, a aplicação do teto remuneratório deve ter como base de incidência a retribuição percebida por cada um dos cargos e não a soma das retribuições, aplicando-se a mesma solução para a acumulação de proventos de aposentadoria com remuneração de cargo em comissão;
- 6.3) na hipótese de cessão de servidor titular de cargo efetivo para o exercício de cargo em comissão em outro ente, a regra lógica é a de que o teto remuneratório incidente seja o do órgão ou entidade pagadora, considerando a opção feita pelo servidor para a respectiva remuneração. Porém, na hipótese de convênio de cooperação estabelecido entre cedente e cessionário, segundo o qual permanece o órgão de origem remunerando o servidor com o vencimento do seu cargo efetivo, enquanto incumbe ao cessionário o pagamento de outra parcela remuneratória pela assunção do cargo em comissão, é justo que se aplique o teto remuneratório do órgão que arca com a maior parcela remuneratória.

7) *direitos de ausência* (férias, afastamentos e licenças): o direito a férias anuais remuneradas e às seguintes licenças e afastamentos previstas em lei:

- 7.1) licença à gestante, com estabilidade provisória durante o período que varia desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 7º, XVIII, e art. 39, §3º, da Constituição);
- 7.2) licença adotante, nos termos da legislação previdenciária para a ocupante exclusivamente de cargo em comissão; e, nos termos do estatuto, para a servidora que também seja titular de cargo efetivo;
- 7.3) licença paternidade, nos termos do respectivo estatuto funcional, com direito à estabilidade provisória durante o período da licença (art. 7º, XIX, da Constituição; art. 10, §1º, do ADCT);

- 7.4) licenças por motivo de saúde e por acidente em serviço, asseguradas nos termos do estatuto ao servidor que for titular de cargo efetivo e para os servidores ocupantes exclusivamente de cargo em comissão na conformidade da legislação que rege o Regime Geral de Previdência Social, não se aplicando a estabilidade provisória nesse caso;
- 7.5) afastamento para o exercício de mandato eletivo tão somente na hipótese de o eleito para o mandato de Vice-Prefeito (aos cargos eletivos não se aplica) ocupar cargo de livre provimento (exemplo: Secretário Municipal), não sendo cabível para os demais cargos eletivos;
- 7.6) afastamentos por um dia para doação de sangue; oito dias consecutivos em razão de casamento ou falecimento do cônjuge, companheiro, pais, madrasta ou padrasto, filhos, enteados, menor sob guarda ou tutela e irmãos;
- 7.7) afastamentos para o júri e outros serviços obrigatórios por lei.

8) *deveres, proibições e responsabilidades*: todos os deveres e proibições comuns aos titulares de cargos públicos (artigos 116 e 117 da Lei n.º 8.112/90), sendo a violação a qualquer deles dá margem à responsabilização administrativa do servidor, observando-se o seguinte:

- 8.1) a exoneração é livre e imotivada, mas não livra o servidor da obrigação de reparar o dano causado ao serviço público, razão pela qual deve prosseguir o processo ou procedimento administrativo disciplinar, finalizando com a aplicação da sanção ao ocupante do cargo (advertência; suspensão, conversível em multa; demissão; cassação de aposentadoria ou disponibilidade; destituição de cargo em comissão; destituição de função comissionada);
- 8.2) todas as penalidades são aplicáveis tão somente após um procedimento com garantia de ampla defesa, que será sindicância ou, obrigatoriamente, o processo administrativo, se a sanção aplicável for suspensão acima de 30 dias, demissão, cassação de

aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão ou função comissionada (art. 143, c.c art. 146).

- 8.3) a aplicação da penalidade de destituição de cargo em comissão traz outras consequências, tais como: impede nova nomeação no serviço público federal, por cinco anos, no caso de revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo; implica incompatibilidade absoluta para retornar ao serviço público federal, no caso de caracterização de crime contra a Administração Pública, improbidade administrativa, aplicação irregular de dinheiros públicos, lesão aos cofres públicos, dilapidação do patrimônio nacional e corrupção; a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, nos casos restar caracterizada a aplicação irregular de dinheiros públicos, lesão aos cofres públicos, dilapidação do patrimônio nacional e corrupção (arts. 132, 136 e 137, da Lei n.º 8.112/90).

9) *regime previdenciário*: o Regime Geral de Previdência Social para os ocupantes, exclusivamente, de cargo em comissão (art. 40, §13, da Constituição, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 20/98), mas o servidor que também é titular de cargo efetivo permanece vinculado ao respectivo regime próprio de previdência de que trata o art. 40. O servidor comissionado vinculado ao Regime Geral de Previdência Social tem direito a todos os benefícios desse regime (aposentadorias por tempo de contribuição, por idade, aposentadoria por invalidez, auxílio doença e acidente, etc.), exceto o seguro desemprego por ocasião de sua exoneração, pois essa garantia social não foi estendida aos ocupantes de cargos públicos pelo artigo 39, §3º, da Constituição.

Hodiernamente, tendo em vista o avanço nos estudos por parte da doutrina e as orientações jurisprudenciais acerca da matéria, é possível identificar os limites efetivamente impostos pela Constituição Federal na criação de cargos em comissão.

Com efeito, a Carta da República de 1988 estabelece condições que devem ser observadas na criação de qualquer cargo público (de provimento efetivo ou em comissão). Essas condições podem ser assim elencadas:

- a) exigência de lei de iniciativa privativa nos termos da Constituição, como decorrência dos princípios da legalidade e da separação dos poderes;

b) acessibilidade aos cargos públicos para os brasileiros natos ou naturalizados e aos estrangeiros nos termos da lei (art. 37, I, da CF), ressalvados aqueles reservados a brasileiros natos nos termos da Constituição;

c) qualquer condição à investidura em cargo público deve estar prevista em lei, em respeito ao princípio da legalidade. Mas à lei específica, de caráter local, é vedado dispensar condições estabelecidas em lei nacional, como, por exemplo, as exigidas pelas leis eleitorais e do serviço militar, ou para o exercício de determinadas profissões (CF, art. 22, XVI);

d) o projeto de lei que visa a criação de cargos públicos deve definir a quantidade de cargos criados, a respectiva denominação, remuneração e atribuições do cargo, devendo ainda observar a existência de:

d.1) prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes (CF, art. 169, §1º);

d.2) autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias (CF, art. 169, §1º);

d.3) estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes (arts. 16 e 17 da Lei Complementar n.º 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF);

d.4) demonstração da origem dos recursos para o custeio (art. 17, §1º, da LRF);

d.5) de comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, serem compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa (art. 17, §2º, da LRF);

d.6) declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias (arts. 16, 17 e 21 da LRF).

Por outro lado, além das condições supramencionadas, na criação de cargos comissão, por se tratar de uma exceção à regra do concurso público, deve-se

observar limites específicos decorrentes das normas e princípios constitucionais, que podem ser assim definidos:

- a) os cargos em comissão podem ser criados apenas para o exercício de atribuições que pressupõem vínculo de confiança com a autoridade nomeante e que visam instrumentalizar decisões políticas na Administração Pública, desde que restritas aos encargos de direção, chefia e assessoramento (art. 37, V, CF);
- b) não podem ser criados para o exercício de atividades meramente técnicas, burocráticas ou operacionais típicas de cargos efetivos, posto que para tais cargos a Constituição exige a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos;
- c) exige-se a edição de lei, por cada ente federativo, para fixação dos casos, condições e percentuais mínimos a serem providos por servidores de carreira (art. 37, V, CF);
- d) os cargos em comissão, dada a natureza excepcional de que se revestem, devem ser criados com parcimônia e de acordo com as reais necessidades do órgão a que servem, em consonância com os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e moralidade administrativa, sob pena de violação do art. 37, caput, da Constituição;
- e) os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa proíbem a prática de nepotismo no provimento dos cargos em comissão de direção, chefia e assessoramento, nos termos da Súmula Vinculante n.º 13 do Supremo Tribunal Federal (art. 37, caput, da CF)

Deve-se frisar, entretanto, que para atendimento do comando constitucional previsto no artigo 37, V, da Constituição, não basta criar o cargo em comissão com o rótulo de direção, chefia e assessoramento. É preciso que as atribuições do cargo descritas na lei de sua criação correspondam efetivamente a esses encargos.

Entende-se por cargo de direção o cargo de comando, de quem decide, emite ordens e é responsável imediato da diretoria onde desempenha suas competências legais, ou seja, tem sob a sua direção todas as chefias em exercício naquele órgão.

O cargo de chefia, por sua vez, também é um cargo de posto superior no escalonamento hierárquico, mas que exerce o comando apenas sobre um grupo de servidores, e não sobre a diretoria como um todo. Tem o papel de liderar e organizar o trabalho de grupos de agentes públicos atuantes numa determinada área da repartição.

De outra banda, o cargo de assessoria tem por função dar suporte técnico, administrativo e político aos agentes públicos mais graduados, geralmente com competências decisórias, ou de direção ou chefia, auxiliando-os em decisões ou promovendo a operacionalização das ações a serem desenvolvidas pela Administração Pública. Diferente dos cargos de direção e chefia, o assessor não detém autonomia funcional dentro da estrutura a que pertence, ficando à disposição do agente ou autoridade a que serve, desenvolvendo atividades de mais variada natureza, sejam elas predominantemente intelectuais ou materiais, dando-lhes o suporte ou subsídio que se fizerem necessários. É possível, inclusive, o exercício de algumas atividades técnicas, burocráticas e operacionais, correspondentes a outros postos que não são de confiança ou que impliquem exercício de profissão regulamentada, desde que essas atividades não constituam o núcleo central de atribuições do cargo, servindo apenas de instrumentais ao seu ocupante para o suporte pessoal à autoridade assistida. Isso porque, o que justifica a criação de um cargo em comissão é a relevância do fator confiança pessoal em face das circunstâncias em que determinadas atribuições que devem ser exercidas, e não apenas a natureza intrínseca das atribuições.

Em que pese posições em contrário, não há qualquer obstáculo no atual sistema constitucional para a criação de cargo em comissão de direção ou chefia, de livre nomeação e exoneração, para supervisão, orientação e direção de estrutura da administração de cunho predominantemente técnico, composta por servidores de carreiras específicas, exceto se tal restrição estiver disposta em lei. Compete ao legislador definir se determinados cargos em comissão devem ou não ser de recrutamento livre. É o elemento confiança, a se desenvolver em tarefas que possam servir de instrumental ao bom desempenho das funções do agente político ou pelo que possam representar para a articulação entre a tecnocracia e os níveis de deliberação política da estrutura administrativa, que justifica a dispensa do concurso.

Por outro lado, também não há empecilhos de ordem jurídica para a criação de cargos de assessoria, cujas atribuições não demandem necessariamente conhecimento técnico, e sim habilidades pessoais e políticas para auxiliar a autoridade superior na sua atuação enquanto mandatário político ou agente de elevada posição na hierarquia burocrática governamental.

Com o devido respeito àqueles que defendem posição contrária, entende-se possível a criação do cargo em comissão de assessor jurídico na Administração Pública, pois estes exercem atribuições como coadjuvantes das autoridades, especialmente agentes políticos, a quem dão suporte jurídico, como servidores de sua confiança pessoal. Essas atribuições não se confundem com as aquelas próprias de procuradores de carreira, que representam a Fazenda Pública em juízo e exercem suas atribuições de forma impessoal, devendo lealdade apenas à pessoa jurídica à qual estejam vinculados. Não pode, entretanto, o assessor jurídico substituir, em suas atividades, o procurador de carreira, emitindo parecer jurídicos para os órgãos da Administração Pública ou representando-a judicialmente. Porém, nada impede que o assessor preste auxílio na elaboração de minutas de decisões, pesquisas, despachos e outros expedientes de competência da autoridade assistida, que exigem conhecimento jurídico e cujo teor, a rigor, somente deva ser conhecido por terceiros após a devida formalização e publicação do ato.

Em síntese, conclui-se que qualquer restrição à investidura em cargos públicos (de provimento efetivo ou em comissão) que não esteja prevista na Carta da República, deve ser estabelecida por lei, em respeito aos princípios da legalidade e da segurança jurídica.

Com relação ao limite imposto pelo artigo 37, inciso V da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998, segundo o qual a lei definirá os casos, condições e percentuais mínimos no provimento de cargos em comissão por servidores de carreira. Entende-se que a norma é de eficácia limitada e depende de lei de cada ente federativo para estabelecer referidos percentuais, devendo-se observar o princípio da razoabilidade e proporcionalidade na sua fixação, sob pena de fraudar essa determinação constitucional, no sentido de que uma parte dos cargos em comissão deva ser provida de forma totalmente livre e outra, parcialmente, diante das limitações e condições previstas nessa lei. Porém, cumpre consignar que o intuito da reforma constitucional aqui não foi de garantir prioridade de

acesso aos cargos em comissão por servidores de carreira como forma de incentivo profissional, mas tão somente que o legislador ordinário deve definir objetivamente as situações nas quais é conveniente para o bom funcionamento da Administração que determinados cargos em comissão sejam providos livremente, outros somente por servidores de carreira e, ainda, aqueles nos quais é importante garantir uma participação mínima de servidores de carreira.

Diante disso, conclui-se que o percentual mínimo de que trata o artigo 37, V, da Constituição Federal pode variar de órgão para órgão, podendo ser maior ou menor de acordo com o que se mostra necessário para o bom desempenho da Administração, desde que devidamente fixados por lei a partir de critérios que se mostrem razoáveis.

Além dos limites expressos no artigo 37, incisos II e V, da Carta da República, existe outro limite à criação de cargos em comissão decorrente dos princípios constitucionais da razoabilidade, proporcionalidade e moralidade administrativa (art. 37, caput, da Constituição). Da aplicação desses princípios decorre que o juízo discricionário na elaboração da proposta de criação de cargos em comissão, que deverá ser chancelada pelo respectivo Legislativo, não se traduz em carta branca para o gestor. A solicitação de um número excessivo de cargos em comissão ultrapassa os limites impostos à competência discricionária, configurando assim o vício da discricionariedade excessiva ou arbitrariedade por ação. Em razão de sua natureza excepcional, não se pode admitir a predominância numérica dos cargos em comissão em detrimento dos cargos efetivos. Os cargos em comissão devem ser criados com moderação e cautela, de acordo com reais necessidades da Administração.

É indiscutível a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário quando evidenciada a criação excessiva de cargos comissionados. Entretanto, somente a análise das circunstâncias de cada caso permitirá ao órgão julgador identificar se houve ou não violação aos princípios constitucionais, especialmente da razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que não está previsto de forma expressa no ordenamento jurídico um parâmetro para regular a proporção entre servidores públicos concursados e aqueles ocupantes de cargo em comissão. Por conseguinte, não pode o órgão julgador estabelecer, por decisão judicial, um limite máximo de cargos em comissão fundado meramente em subjetivismos do julgador, é preciso que

desenvolva argumentos a partir de dados concretos que se possam levantar de cada caso levado a juízo.

Com efeito, se por um lado deve-se coibir a criação de cargos em comissão em número que se mostre manifestamente excessivo, por outro não se pode invalidar leis que criam cargos dessa natureza com base tão somente em critérios subjetivos do órgão judicial. Se os cargos forem vocacionados para provimento em comissão, em percentual compatível, não há como cercear a liberdade administrativa, que ficará unicamente adstrita à sua inquestionável vontade. Isto porque, a sua discricionariedade aqui é política.

Existe, outrossim, outro limite constitucional decorrente da aplicação direta dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa. Trata-se da proibição do nepotismo como limite subjetivo no provimento de cargos em comissão, consubstanciada hoje na Súmula Vinculante n.º 13 do Supremo Tribunal Federal, que proíbe expressamente a prática do nepotismo na Administração Pública de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios. Qualquer diploma infraconstitucional que contrariar o disposto nesta súmula, padecerá do vício de inconstitucionalidade material por violação direta dos princípios constitucionais previstos no art. 37, caput, da Constituição.

No tocante à abrangência da súmula, de acordo com os artigos 1591 e 1595 do Código Civil, fica proibida a nomeação para cargos em comissão ou função de confiança do cônjuge ou companheiro, pais, filhos, irmãos, avôs, netos, bisavôs, tios, sobrinhos e bisnetos. Entretanto, deve-se ressaltar que, em decisões reiteradas, o Supremo Tribunal Federal tem afirmado que a proibição do nepotismo não decorre diretamente da relação de parentesco e sim da presunção de que a escolha para ocupar cargo de direção, chefia ou assessoramento tenha sido direcionada a pessoa com relação de parentesco com alguém que tenha potencial de interferir no processo de seleção, razão pela qual deve-se auferir em cada caso a existência ou não de nepotismo.

Não se pode olvidar, outrossim, que o alvo efetivo da proibição do nepotismo prevista na aludida súmula concentra-se em cônjuges, companheiros e parentes que não sejam titulares de cargos efetivos.

Demais disso, referida súmula não abarca as nomeações para cargos políticos de ministros, secretários estaduais e municipais. Entretanto, é possível a anulação de atos de nomeação para cargos políticos quando restar comprovado, em cada caso, a configuração de “nepotismo cruzado” ou fraude à lei, não sendo suficiente para tanto apenas a demonstração da relação de parentesco entre os agentes políticos.

Por fim, não se concorda com aqueles que defendem ser possível extrair do texto constitucional outros limites aplicáveis no provimento de cargos em comissão, tais como a exigência do critério meritocrático para a investidura no cargo e obrigatoriedade de motivação do ato de nomeação. Isso porque, os únicos critérios estabelecidos pela Constituição para a investidura em cargos de provimento em comissão é o da confiança pessoal e da proibição do nepotismo. Tal como dito, qualquer outro limite ou condição que se queira estabelecer à investidura nesses cargos, por mais legítimo que possa parecer, deve estar previsto em lei.

De outra banda, quanto a exigência de motivação do ato de nomeação para cargos em comissão, a Constituição é clara ao dispor que esses cargos são aqueles declarados em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, da CF). Portanto, dispensa-se a motivação, ou seja, a autoridade competente não precisa expor as razões que a levou a nomear ou exonerar o servidor comissionado. Contudo, embora seja dispensável a motivação do ato discricionário de nomeação e exoneração para cargo de confiança, caso a autoridade decline as razões que a levou a prática do ato, a motivação estará sujeita ao controle judicial, quando poderá ser reconhecida a ilegalidade do ato.

Conclui-se, a final, que os limites à discricionariedade para o provimento de cargos em comissão são apenas aqueles estabelecidos pelas leis de âmbito local e nacional (idade mínima de 18 anos; alistamento eleitoral; quitação das obrigações eleitorais e militares; apresentação da declaração de bens e rendas; e eventuais requisitos de qualificação profissional exigidos por lei para o exercício de profissões regulamentadas) e pela Constituição (critério da confiança pessoal, proibição do nepotismo, acessibilidade aos brasileiros natos e naturalizados e aos estrangeiros nos termos da lei). Dessa forma, os atos de nomeação expedidos em estrita conformidade com as leis em vigor e com a Constituição são atos válidos, insuscetíveis de ensejarem responsabilização da autoridade competente que os tenha expedido.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 3 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*/Luiz Alberto David Araujo, Vidal Serrano Nunes Júnior. 18 ed. rev., atual. até a EC 76 de 28 de novembro de 2013. São Paulo: Verbatim, 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e novo código civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Direito administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *Curso de direito administrativo*. 30 ed. rev. e atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Regime dos servidores públicos da administração direta e indireta*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. *Direito Administrativo na Constituição de 1988*/Celso Antônio Bandeira de Mello coordenador. Vários autores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *Direito administrativo e constitucional. Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. Vários autores. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

BANDEIRA DE MELLO, Osvaldo Aranha. *Princípios gerais do direito administrativo*. 3 ed. vol. I. Introdução. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*. 5 ed. reform., São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro; Ives Granda da Silva Martins. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992.

BELLOW, Adam. *Em louvor do nepotismo: uma história natural*. São Paulo: A Girafa, 2006.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Sociedade Civil: sua redemocratização para a reforma do Estado*. Brasília: ENAP, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29ª ed. atual. (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 77, de 11.2.2014). São Paulo: Malheiros, 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 11. ed. rev. e atual. de acordo com a EC n. 83, de 5-8-2014, e os últimos julgados do STF. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2010.

CAMMAROSANO, Márcio. *Provimento de cargos públicos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

_____. Cargos em Comissão – Breves Considerações quanto aos limites à sua criação. *Interesse Público- IP*, Belo Horizonte, n. 38, ano 8 de Julho/Agosto 2006, disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49047>. Acesso em: 17 mar. 2015.

CANDIDO, Antonio. *Um funcionário da monarquia. Ensaio sobre o segundo escalão*. 2ª rev. Rio de Janeiro: Ouro sobre Azul, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 22. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 5 ed., v. 4. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

COSTA, José Armando. Acumulação ilícita de cargos públicos. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 20, p. 1318, out. 2002.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

_____. *Tratado de direito administrativo: o pessoal da administração pública*. 2. ed. atual. ampl. e rev. Rio de Janeiro: Forense, 2005. V. 4.

CUNHA, Elke Mendes. *Concurso Público (Visão Jurisprudencial)*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 1999.

DALLARI, Adilson Abreu. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed., São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Servidores Públicos na Constituição de 1988*. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta, Luciano de Araújo Ferraz, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Edição comemorativa 50 anos. São Paulo: Editora Globo, 2013.

PIRES, Luís Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Curso de direito constitucional*. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. com as Emendas 19 e 20 de 1998. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Direito público: estudos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FISCHER, Tânia. *Depoimento sobre as trajetórias da qualificação para a administração pública no Brasil e itinerários baianos*. Cadernos da Fundação Luís Eduardo Magalhães, n. 6, jun./2003.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. rev. e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 15 ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2010.

GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa – história de um conceito. *Revista de Direito Administrativo*, 230:291-304. Rio de Janeiro, out./dez. 2002.

_____. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública (O conteúdo dogmático da moralidade administrativa)*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GORDILLO, Augustín. *Tratado de derecho administrativo*. 1. tomo: Parte general. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*/Hans Kelsen; tradução João Baptista Machado. – 8ª ed. – São Paulo: Editora WRF Martins Fontes, 2009.

LEITE, Carlo Henrique Bezerra Leite. *Contratação ilegal de servidor público e ação civil pública trabalhista*. Belo Horizonte: Editora RTM, 1996.

MAFRA FILHO, Francisco de Salles Almeida. *O servidor público e a reforma administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAIA, Márcio Barbosa/QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O Regime jurídico do concurso público e seu controle jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARINELA, Fernanda. *Servidores públicos*. Niterói: Impetus, 2010.

MARRARA, Thiago. *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.

MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

MEDEAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho, 42ª ed., atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira/ Gonet BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2014

_____. *O princípio do concurso público na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Revista de informação legislativa, n.º 100.

MENEGALE, J. Guimarães. *Direito Administrativo e ciência da administração*. 3ª ed. atual. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

MORAES, Alexandre de. *Reforma Administrativa: Emenda Constitucional n.º 19/98*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1.999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOTTA, Fabrício (Coord.). *Concurso público e Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

_____. Regime jurídico dos cargos em comissão. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 16, n. 184, p. 37-40, jun. 2016.

MUSETTI, Rodrigo Andreotti. *O nepotismo legal e moral nos cargos em comissão da administração pública*. Revista de Direitos Difusos, [S.l.] v. 10, p. 1355-1363, dez/2001.

NERI, Paulo de Tarso. *O princípio da impessoalidade da Administração Pública*. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Servidores públicos*. 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2015.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes *et al.* (Coord.). *O Direito Administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

PESTANA, Márcio. *Direito administrativo brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

REINER, Lúcio. Regimes jurídicos de funcionários públicos – França. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados - Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, Brasília, 1995. Disponível para download em <http://bd.camara.leg.br/documentos-e-pesquisas/publicações/estnottec/arquivos-pdf/pdf/510859.pdf>. Acesso em: 21.8.2016.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O servidor público nas reformas constitucionais*. 3 ed. ampl. e atual., Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. *Comentários ao regime único dos servidores públicos civis*. 4. ed. atual. e aum., São Paulo: Saraiva, 1995.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

_____. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.

_____. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

RODRIGUES, Ricardo José Pereira Rodrigues. Regime jurídico do servidor público nos Estados Unidos. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados - Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, Brasília, 1995. Disponível para download em <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/1370>. Acesso em: 21.8.2016.

SANTOS, Fernanda Marinela de Souza. *Servidores públicos*. Niterói: Impetus, 2010.

SANTOS, Luiz Alberto dos; CARDOSO, Regina Luna dos Santos. *Corrupção, nepotismo e gestão predatória: um estudo do caso brasileiro e alternativas para seu enfrentamento*. Disponível em: <<http://www.clard.org.ve/fulltext/0052003.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2016.

SANTOS, Luiz Alberto. Burocracia profissional e a livre nomeação para cargos de confiança no Brasil e nos EUA. Revista do Serviço Público. Brasília: ENAP, vol. 60, n.º 1, p. 5-28, Jan/Mar 2009.

SANTOS, Vinicius Nascimento. Pagamento de gratificação a ocupante de cargo em comissão. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM, Belo Horizonte, ano 15, n. 53, p. 49-58, jul./set. 2014.

SAYD, Jamile (Org.). *Servidor público: questões polêmicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

SCHRAMM, Erich Vinicius. *Concurso público: burlas originárias e formas de controle nas esferas administrativa e judicial – enfoque coletivo*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: PUC, 2010.

SCHULZE, Clenio Jair. Meritocracia: requisito necessário ao provimento de cargos em comissão. Revista síntese direito administrativo, n. 72, dez. 2011, p-114-123.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.2013). São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. 7. ed. atualizada até a Emenda Constitucional 66, de 13.7.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de direito constitucional*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. *O princípio da impessoalidade e o abuso do poder de legislar*. Revista Trimestral de Direito Público, n.º 5.

_____. *Fundamentos de Direito Público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TÁCITO, Caio. *Moralidade administrativa*. Revista de Direito Administrativo. 218: 1-10. Rio de Janeiro, out/dez 1999.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, 2. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2003.

TEIXEIRA, Flávio Germano de Sena. *O controle das aposentadorias pelos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

VALLE, Vanice Lírio do. Cargos em comissão, seu caráter instrumental à boa administração e os respectivos limites constitucionais. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 7, n. 81, nov. 2007. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=48352>>. Acesso em: 20 de set. 2016.

VIEIRA DE ANDRADE, José. *A imparcialidade da Administração como Princípio Constitucional*, “in” Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume L, 1974.

XAVIER, Samara. Cargo em comissão: uma abordagem histórica e contemporânea do provimento de confiança na Administração Pública. Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ao 8, n. 90, ago. 2008. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=54485>. Acesso em: 20 set. 2016.

ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. *O princípio da impessoalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.