

Cargos de Provimento em Comissão

Wallace Paiva MARTINS JUNIOR*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Cargos de provimento em comissão. 2 Proporcionalidade na criação de cargos de provimento em comissão e nepotismo no seu provimento. 3 Regime jurídico dos cargos de provimento em comissão. Conclusão. Referências.
- **RESUMO:** Os cargos de provimento em comissão, no Direito Brasileiro, são exceções ao sistema de mérito no recrutamento de agentes públicos e se destinam às funções de assessoramento, chefia e direção, em virtude da necessidade de relação de confiança entre seu ocupante e a autoridade superior para o incremento das diretrizes políticas desta, criadas em lei com liberdade de provimento e exoneração, predicados que denotam a instabilidade elementar da investidura. A lei deve conter a descrição das atribuições desses cargos, e repugna aos princípios de moralidade e impessoalidade a opção do nepotismo em seu provimento. A quantidade de cargos comissionados deve ser proporcional à de cargos de provimento efetivo e na medida do que for essencial para a transmissão de linhas de ação política e sua fiscalização à administração burocrática, evitando-se a tendência ao aparelhamento. O regime jurídico dos cargos de provimento em comissão deve ser sempre o estatutário – à mercê da vedação de algumas características deste –, constituindo violação à liberdade de provimento e exoneração a adoção do regime celetista.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Cargos públicos. Provimento em comissão. Natureza, requisitos e limites. Nepotismo. Regime jurídico.

Introdução

O princípio da ampla acessibilidade à função pública de caráter profissional e remunerado, fundado no mérito, é reflexo dos princípios democráticos

* Promotor de Justiça da Cidadania da Capital (SP). Professor de Direito Administrativo na Escola Superior do Ministério Público (ESMP-MP), na Universidade Católica de Santos (UniSantos) e na Universidade Santa Cecília (Unisantia). Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP).

e do pluralismo, constante do art. 21 da Declaração de Direitos do Homem da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948¹, e se contrapõe aos vetustos sistemas de disponibilidade, venalidade e gratuidade², próprios da nobreza e da fidalguia, cujo caráter restritivo soa elementar, de tal modo que, hodiernamente, erige-se, como resume José Cretella Júnior, o princípio da indisponibilidade dos cargos públicos³. Conquanto a regra seja o mérito objetivamente aferível para a investidura em cargos ou empregos públicos, consoante o art. 37, incs. I e II, da Constituição Federal de 1988, a própria norma constitucional excepciona da aprovação em concurso público – de provas ou de provas e títulos – os cargos de provimento em comissão.

A origem dos cargos comissionados está ligada a um processo reacionário ao sistema de venalidade e hereditariedade, vinculados a uma concepção de patrimonialismo dos cargos públicos, reservados como prêmios e recompensas à nobreza ou processo de nobilitação⁴. Esse modelo é refor-

¹ O referido dispositivo tem a seguinte redação: “Art. 21 – 1º. Toda pessoa tem o direito de tomar parte na direção dos negócios públicos de seu país, seja diretamente, seja por intermédio de representantes livremente escolhidos. 2º. Toda pessoa tem o direito de aceder, nas condições de igualdade, às funções públicas de seu país”.

² A venalidade é histórica também no Brasil: “os próprios cargos públicos no Brasil, reservados a premiar serviços e colocar a nobreza ociosa, passaram a ser vendidos, a partir do século XVIII” (FAORO, 2000, v. I, p. 265), e a proibição do serviço gratuito colima “banir do acesso às funções públicas o princípio censitário, e de assegurar o recrutamento democrático” (MENECALE, 1962, p. 42, n. 17). A proibição da gratuidade está expressa, por exemplo, no art. 4º da Lei nº 8.112/1990).

³ O autor assenta: “O princípio informativo dos tempos atuais, entretanto, para o preenchimento dos cargos públicos é o da indisponibilidade. Daí o aparecimento nos vários sistemas jurídicos de processos de seleção, como a eleição, o concurso, a nomeação condicionada, o sorteio. Sob a forma de corolário do princípio setorial da indisponibilidade dos cargos públicos assim se expressa: ‘A Administração não pode dispor dos cargos públicos, entregando-os, segundo a vontade do administrador, a este ou àquele determinado. Ao contrário, respeitando o interesse público e o princípio da igualdade do administrado, deve proceder de tal modo que todos os concorrentes ao cargo tenham iguais oportunidades’[...]” (CRETELLA JÚNIOR, 1999, p. 156).

⁴ O sistema português de cargos públicos é abordado com riqueza por Raymundo Faoro ao analisar o estamento burocrático no período colonial: “os cargos dos governos e fortalezas davam-se por três anos, para contentar quanto possível o maior número. Em graças trans-

mulado com base em um novo conceito de cargo público como comissão, compreendendo o agente como delegado ou comissário do poder real⁵. Nesse novo sistema a disponibilidade é substituída pela comissão: os cargos dados, que se incorporavam ao patrimônio da pessoa, são, então, retidos nas mãos do monarca, o que demonstra um expediente de concentração do patrimonialismo. A pesquisa revela que “são os cargos de confiança remanescentes de época, em que a administração pública se modelava sobre a administração doméstica da casa dos príncipes, e o vínculo, anexo à função pública, era de natureza quase familiar”⁶.

Após as revoluções liberais, a comissão se antagoniza ao sistema de mérito como fator de orientação da investidura em função pública (herança

feríveis, que os beneficiários muitas vezes vendiam [...] A corte, povoada de senhores e embaixadores, torna-se o sítio preferido dos comerciantes, todos, porém, acotovelados com a chusma de pretendentes—pretendentes de mercês econômicas, de cargos, capitânias e postos militares [...] A linhagem vale pouco, menos ainda o merecimento: a conquista ao emprego, ao posto à dignidade se faz à custa da intriga bem tecida, da conversa doce [...] o cargo confere fidalguia e riqueza. A venalidade acompanha o titular, preocupado em se perpetuar no exercício da parcela de poder que o acompanha”. Destarte, “todos, cargos elevados – que davam nobreza ou qualificavam origem aristocrática –, assim como os cargos modestos hauriam a vida e o calor do tesouro”. A colonização proporcionou o aumento da quantidade de cargos públicos: “a Coroa, obsessiva de seus monopólios, estava certa de que a colonização, empreendida sob seu comando, traria maiores rendas, além de cargos para os fiéis vassalos”. O cargo público era atributo dos nobres de sangue ou dos cortesãos, próprio do fidalgo e a nomeação era um processo de aristocratização: “a riqueza exige maior participação nos negócios públicos e o afidalgamento, reservado este, no primeiro século, aos senhores de engenho, aos conquistadores militarizados e aos funcionários reinóis. A tendência se reforça, no século XVIII, com a venda de cargos públicos, porta ampla que permite à burguesia acotovelar, familiarmente, a aristocracia”, movimento também verificado no Império ao lado do coronelismo (FAORO, 2000, v. I, p. 92-96, 162, 198, 236, 437-440).

⁵ A propósito, “O agente é delegado, comissário, com poder derivado do delegante, comitente, que é a Coroa, o rei. O comissário, ao contrário do oficial ordinário, exerce jurisdição alheia, do rei, e não própria [...] Limitava-se aos expressos termos da comissão, que era perdível a qualquer momento. Além disso, a comissão expirava com a morte do comitente e não poderia ser subdelegada. Politicamente o comissário era uma figura odiosa (excepcional), por isso seus poderes se interpretavam restritivamente” (LOPES, 2000, p. 235-243).

⁶ “São os cargos de confiança remanescentes de época, em que a administração pública se modelava sobre a administração doméstica da casa dos príncipes, e o vínculo, anexo à função pública, era de natureza quase familiar (LIMA, 1982, p. 173).

do art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, da França) por uma série de inconveniências atribuídas à administração burocrática (o surgimento de castas e elites administrativas; a extensão do poder burocrático às raias de um corpo independente em face da falta de neutralidade política e da própria instabilidade institucional; o déficit de eficiência pela oposição entre rigidez e flexibilidade), cujo corolário é a desconfiança do poder político na burocracia, bem demonstrada pelo instituto do *cabinet ministériel* na experiência francesa, “um *staff* de tipo ‘patrimonial’ formado por estreitos colaboradores pessoais do ministro que age como intermediário entre estes e os funcionários de carreira, e controla a fiel aplicação das diretrizes políticas”⁷. Aliás, o sistema do mérito concorreu com a técnica do *spoil system*⁸ como modo de acesso à função pública. Este caracterizava o ingresso na função pública como um autêntico “botim dos vencedores da batalha política (eleições a golpe de Estado, repartição dos cargos burocráticos entre a clientela do partido político que ascende ao poder)” (ZAGO, 2001, p. 142), o que só diminuiu com a contribuição dogmática à compreensão da administração burocrática e da necessidade de profissionalização da função pública⁹ com base nas concepções contra-

⁷ Na França, “a insistência sobre a lealdade da burocracia ao partido dominante” – diferentemente da Inglaterra onde prevalece a neutralidade política do *civil service* e a forte legitimidade do sistema político – facilitou o partidarismo na burocracia que, somada a tradicional instabilidade do regime, a conduziu à assunção “de papel político independente” (GIGLIOLI apud BOBBIO; MATEUCCI; PASQUINO, 1994, p. 128).

⁸ A experiência dos Estados Unidos da América registra inicialmente, a preocupação de evitar abusos pela classe burocrática, e, por isso, “coibiu em larga medida a permanência de seus funcionários em caráter profissional”, abrandada pela necessidade de recrutamento de profissionais da função pública, adicionada à sua regulamentação, devido ao crescimento e à complexidade das atividades sociais (MENEGALE, 1962, p. 10-11, n. 1). Segundo a crônica, nos Estados Unidos da América, a aplicação do princípio democrático tendia à politização completa da função pública: “à chaque changement du personnel dirigeant, les postes sont attribués à l’équipe gagnante”. Uma lenta transformação, todavia, se iniciou em 1833 com o *Acte Pendleton*, instituindo as primeiras garantias de recrutamento e de carreira aos servidores, diminuindo a politização da função pública. Mais tarde, o sistema de mérito foi adotado, salvo para os altos postos (PLANTEY, 1956, p. 12/51).

⁹ Ruy Cirne Lima (1982, p. 151-152) explica que o *self-government* (restituição ao povo do poder que dele emana) constituiria forma ideal da administração democrática, mas, gera a confusão e a anarquia porque “pressupõe, porém, a ausência do profissionalismo nas

tuais e estatutárias de ligação entre o agente público e o serviço. Todavia, as Constituições democráticas da segunda metade do século XX consolidaram a segunda etapa – *merit system* –, apontando para a profissionalização e evitando o partidarismo na consecução do interesse público, como, por exemplo, nas Constituições da Espanha (art. 103.3) e da Itália (art. 97)¹⁰.

1 Cargos de provimento em comissão

A estrutura constitucional da Administração Pública brasileira é composta, no aspecto subjetivo, de agentes, entidades e órgãos públicos. Entidades e órgãos públicos são ficções jurídicas que materializam suas ações por meio de agentes investidos em cargos, funções e empregos públicos para o desenvolvimento e execução de atividades e tarefas estatais. Os cargos públicos são postos ou locais com denominação própria, remuneração e competências definidas em lei, sujeitos a determinado regime jurídico, nos quais são investidos agentes públicos por nomeação, compreendendo os cargos de provimento vitalício, efetivo e comissionado.

A previsão de cargos de provimento em comissão na Constituição Federal de 1988 se encontra na segunda parte do inc. II do art. 37 como exceção ao sistema de mérito para acesso e investidura em cargos públicos cuja raiz repousa no princípio da igualdade. Essa exceção possibilita à lei a instituição de cargos comissionados, de livre provimento e exoneração, sendo complementada pelo inc. V que, para além de cunhar sua distinção com as funções de confiança, adstringe-os às atribuições de assessoramento, chefia e direção.

O cargo de provimento em comissão é instituído de modo permanente, mas seu exercício é, do ponto de vista do sujeito, instável, transitório e precário no tocante à duração da respectiva investidura¹¹. Em sua essência,

funções públicas” que “conduz à dispensa de qualquer requisito de capacidade técnica para a investidura dos funcionários; enfim, a falta de competência técnica dos funcionários”.

¹⁰ A Constituição espanhola preceitua que “a lei regulará o estatuto dos funcionários públicos, o acesso às funções públicas de acordo com os princípios de mérito e capacidade [...], o sistema de incompatibilidades e as garantias para imparcialidade no exercício de suas funções” (art. 103.3) e na Constituição italiana que “o acesso à função pública faz-se mediante concurso, salvo os casos estabelecidos em lei” (art. 97).

¹¹ Hely Lopes Meirelles (2003, p. 397), com muito apuro, explicava que “a instituição de tais cargos é permanente, mas seu desempenho é sempre precário, pois quem os exerce

o cargo em comissão reflete a necessidade de os governantes disporem de postos no estamento administrativo para a execução de tarefas e funções em que se exige a relação de confiança porque têm conexão no estabelecimento de diretrizes políticas que serão determinantes para a atuação administrativa. Por isso, diz-se que ele é de livre provimento ou exoneração, porquanto a presença ou a cessação da confiança, respectivamente, entre a pessoa e a autoridade, é fator de orientação de seu preenchimento. Explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1983, p. 426) que os cargos de provimento em comissão são aqueles “cujo preenchimento deve depender da confiança do nomeante para o bom andamento da administração [...] pelos quais se transmitem as diretrizes políticas, para a execução administrativa. Cumpre a seus titulares levar adiante essas linhas de ação, precisá-las em instruções se for o caso e fiscalizar sua fiel execução”, funções que impendem ao compartilhamento uma mesma visão política e à devoção ao programa da autoridade eleita.

Cargo de provimento em comissão é uma espécie de cargo público criado por lei cujo núcleo de atribuições é o exercício de funções de assessoria, chefia ou direção em nível superior, em virtude da necessidade de relação de confiança entre seu ocupante e a autoridade superior para o incremento das diretrizes políticas desta, cujo preenchimento, marcado pela precariedade e pela instabilidade, pode recair sobre qualquer pessoa, servidor de carreira ou não, observadas as exigências legais.

Os cargos de provimento em comissão, no Direito Brasileiro, são exceções ao sistema de mérito no recrutamento de agentes públicos e se destinam às funções de assessoramento, chefia e direção, criadas em lei com liberdade de provimento e exoneração, predicados que denotam a instabilidade elementar da investidura.

Não é lícito à lei declarar a liberdade de provimento de qualquer cargo ou emprego público, somente àqueles que requeiram relação de confiança nas atribuições de natureza política de assessoramento, chefia e direção (art. 37, V), e não naqueles meramente burocráticos, definitivos, operacionais, técnicos, de natureza profissional e permanente. Portanto, têm a ver com essas atribuições de natureza especial – assessoramento, chefia e direção em

não adquire direito à continuidade na função, mesmo porque a exerce por confiança do superior hierárquico; daí a livre nomeação e exoneração”.

nível superior –, para as quais se exige relação de confiança, pouco importando a denominação e a forma de provimento atribuídas, pois, *verba non mutant substantiam rei*. Necessária é a análise de sua natureza excepcional, a qual não se satisfaz com a mera declaração do legislador. O essencial é análise do plexo de atribuições das funções públicas¹². Em outros termos, os cargos de provimento em comissão devem ser restritos às atribuições de assessoramento, chefia e direção em nível superior, nas quais esteja presente a necessidade de relação de confiança com os agentes políticos para o desempenho de tarefas de articulação, coordenação, supervisão e controle de diretrizes político-governamentais. Não se coaduna a criação de cargos desse jaez – cuja qualificação é matéria da reserva legal absoluta – com atribuições ou funções profissionais, operacionais, burocráticas, técnicas, administrativas, rotineiras.

Magistral ensinamento assaz difundido de Márcio Cammarosano (1984, p. 95-96) acentua:

[...] 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 do 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. Não é, portanto, qualquer plexo unitário de competências que reclama seja confiado o seu exercício a esta ou aquela pessoa, a dedo escolhida, merecedora da absoluta confiança da autoridade superior, mas apenas aqueles que, dada a natureza das atribuições a serem exercidas pelos seus respectivos titulares, justificam exigir-se deles não apenas o

¹² A propósito: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – art. 1º da Lei Complementar nº 19, de 22 de agosto de 2007, do Município de Salto do Pirapora, que cria cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração – Notícia de exoneração, não confirmada, não exime o Poder Judiciário da análise acerca da inconstitucionalidade, que, aliás, mostra-se manifesta – Cargos de provimento em comissão – Excepcionalidade, ante a regra constitucional de provimento por concurso público – Natureza técnica ou burocrática dos cargos criados, apesar de sua denominação – Não se exige de seus ocupantes nenhum vínculo especial com o nomeante – Ação direta julgada procedente” (TJSP, ADI 165.773-0/1-00, Órgão Especial, Rel. Des. Maurício Ferreira Leite, v.u., 10-08-2008).

dever elementar de lealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servirem, comum a todos os funcionários, como também um comprometimento político, uma fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos, uma lealdade pessoal à autoridade superior. Essa lealdade, todavia, não pode justificar qualquer infringência ao princípio da legalidade, informador das atividades da Administração Pública. A eventual dificuldade, em certos casos, de se dizer da real necessidade ou não de pessoa de absoluta confiança, não elimina os casos extremos, com relação aos quais essa necessidade ora salta aos olhos (o que se verifica, por exemplo, com o cargo de Chefe de Gabinete), ora inexistente, apresentando-se como indubitável a ausência de razão lógica que justifique a livre escolha do titular (como em se tratando de provimento do cargo de lançador) [...] Admite-se que a lei declare de livre provimento e exoneração cargos de diretoria, de chefia, de assessoria superior, mas não há razão lógica que justifique serem declarados de livre provimento e exoneração cargos como os de auxiliar 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, livres de quaisquer preocupações ou considerações de outra natureza.

Essa lição foi complementada com muita propriedade por Ivan Barbosa Rigolin ao explicar que, “como regra geral e primeiro balizamento da idéia” (implantada pelo inc. V do art. 37 da Constituição de 1988 na redação da Emenda nº 19/1998), “aqueles cargos que podem ser técnica e racionalmente colocados em concurso não poderão ser criados ou providos em comissão, salvo exceções particulares como uma ou outra chefia”, fornecendo vários exemplos “que não dependem senão de formação específica, regulamentada ou não, porque em princípio nada têm tais funções nem de direção, nem de chefia, nem de assessoramento”. É, pois, mister

[...] para a viabilidade formal de existir cargo em comissão ou função de confiança, a necessária e razoável demonstração da natureza de chefia ou direção – de algum setor, unidade, área, departamento, divisão, grupamento, turma, seção, equipe, contingente, colegiado, por exemplos –, ou ainda de alguma forma ou espécie de assessoramento profissional ou nitidamente caracterizado. (RIGOLIN, 2006, p. 34-35)

A jurisprudência censura a criação abusiva, artificial e indiscriminada de cargos de provimento em comissão¹³, exigindo inclusive proporcionalidade no cotejo com os cargos de provimento efetivo¹⁴. Também anulou a criação de cargos comissionados em carreira, como reverberado em decisão do Supremo Tribunal Federal que, acolhendo parecer da Procuradoria-Geral da República, obtemperou constituir “figura estranha ao Direito Administrativo brasileiro, qual seja, a de carreira formada de cargos em comissão, por

¹³ A propósito, ver as seguintes ementas:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL QUE CRIA CARGOS EM COMISSÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 37, INCISOS II E V, DA CONSTITUIÇÃO. 2. Os cargos em comissão criados pela Lei nº 1.939/1998, do Estado de Mato Grosso do Sul, possuem atribuições meramente técnicas e que, portanto, não possuem o caráter de assessoramento, chefia ou direção exigido para tais cargos, nos termos do art. 37, V, da Constituição Federal. 3. Ação julgada procedente” (STF, ADI 3.706-MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, v.u., DJ 05-10-2007).

“Ofende o disposto no art. 37, II, da Constituição Federal norma que cria cargos em comissão cujas atribuições não se harmonizam com o princípio da livre nomeação e exoneração, que informa a investidura em comissão. Necessidade de demonstração efetiva, pelo legislador estadual, da adequação da norma aos fins pretendidos, de modo a justificar a exceção à regra do concurso público para a investidura em cargo público” (STF, ADI 3.233-PB, Tribunal Pleno, Rel., Min. Joaquim Barbosa, 10-05-2007, v.u., DJ 14-09-2007, p. 30).

“Os dispositivos em questão, ao criarem cargos em comissão para oficial de justiça e possibilitarem a substituição provisória de um oficial de justiça por outro servidor escolhido pelo diretor do foro ou um particular credenciado pelo Presidente do Tribunal, afrontaram diretamente o art. 37, II da Constituição, na medida em que se buscava contornar a exigência de concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, princípio previsto expressamente nesta norma constitucional” (STF, ADI 1.141-GO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, 29-08-2002, v.u., DJ 29-08-2003, p. 16).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL N. 099, DE 16 DE DEZEMBRO DE 2005, DO MUNICÍPIO DE ILHA SOLTEIRA. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO, DE LIVRE PROVIMENTO E EXONERAÇÃO – NATUREZA SOMENTE TÉCNICA OU BUROCRÁTICA DOS CARGOS CRIADOS, MUITOS DE CARÁTER PERMANENTE, NÃO EXIGINDO DE SEUS OCUPANTES NENHUM VÍNCULO ESPECIAL DE CONFIANÇA OU FIDELIDADE COM O PREFEITO MUNICIPAL – OFENSA AO DISPOSTO NO ART. 111 E NO ART. 115, INCISOS I, II E V, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO – AÇÃO DIRETA PROCEDENTE” (TJSP, ADI 150.792-0/3-00, Órgão Especial, Rel. Des. Elliot Akel, v.u., 30-01-2008).

¹⁴ Ver ementa: “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

natureza, isolados” e que “a própria organização, em carreira, dos cargos em apreço (ressaltada no parecer), pela idéia de permanência que traduz não se mostra compatível com a índole da comissão”¹⁵, para além de declarar inadmissível a atribuição do provimento comissionado a certas funções que a Constituição Federal expressamente reservou a exigência do provimento efetivo, como as da advocacia pública¹⁶.

A respeito, vale a pena a crítica de Eurípedes Carvalho Pimenta (1993, p. 310-311) à elevação do *spoil system* tão nocivo e caro à Administração Pública em detrimento do profissionalismo e do *merit system* instituído como regra no art. 37, inc. II, da Constituição Federal, movido pelos acres ingre-

do Poder Legislativo local” (STF, RE-AgR 365.368-SC, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 22-05-2007, v.u., DJ 29-06-2007, p. 49).

¹⁵ STF, Rp 1.282-SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Octavio Gallotti, 12-12-1985, v.u., DJ 28-02-1986, p. 2.345, RTJ 116/887.

¹⁶ Ver ementas:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI COMPLEMENTAR 11/91, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (ART. 12, CAPUT, E §§ 1º E 2º; ART. 13 E INCISOS I A V) – ASSESSOR JURÍDICO – CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO – FUNÇÕES INERENTES AO CARGO DE PROCURADOR DO ESTADO – USURPAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES PRIVATIVAS – PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. – O desempenho das atividades de assessoramento jurídico no âmbito do Poder Executivo estadual traduz prerrogativa de índole constitucional outorgada aos Procuradores do Estado pela Carta Federal. A Constituição da República, em seu art. 132, operou uma inderrogável imputação de específica e exclusiva atividade funcional aos membros integrantes da Advocacia Pública do Estado, cujo processo de investidura no cargo que exercem depende, sempre, de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos” (STF, ADI-MC 881-ES, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, 02-08-1993, m.v., DJ 25-04-1997, p. 15.197).

“TRANSFORMAÇÃO, EM CARGOS DE CONSULTOR JURÍDICO, DE CARGOS OU EMPREGOS DE ASSISTENTE JURÍDICO, ASSESSOR JURÍDICO, PROCURADOR JURÍDICO E ASSISTENTE JUDICIÁRIO-CHEFE, BEM COMO DE OUTROS SERVIDORES ESTÁVEIS JÁ ADMITIDOS A REPRESENTAR O ESTADO EM JUÍZO (PAR 2. E 4. DO ART. 310 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO PARÁ). INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA POR PRETERIÇÃO DA EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). LEGITIMIDADE ATIVA E PERTINÊNCIA OBJETIVA DE AÇÃO RECONHECIDAS POR MAIORIA” (STF, ADI 159-PA, Tribunal Pleno, Rel. Min. Octavio Gallotti, 16-10-1992, m.v., DJ 02-04-1993, p. 5.611).

“PROCURADOR-GERAL DO ESTADO – ESCOLHA ENTRE OS INTEGRANTES DA CARREIRA. Mostra-se harmônico com a Constituição Federal preceito da Carta estadual prevendo a escolha do Procurador-Geral do Estado entre os integrantes da carreira” (STF, ADI 2.581-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, 16-08-2007, m.v., DJe 14-08-2008).

dientes do nepotismo, do apadrinhamento etc., em face da flexibilização e da desproporcionalidade da criação de cargos em comissão, quando nem sempre a natureza da função seja exigente da relação de confiança. Nesse estudo, o autor recomenda a adoção de limite quantitativo de cargos de livre provimento, proporcional ao conjunto de cargos de provimento efetivo e critério qualitativo para criação exclusiva nas funções de direção e assessoramento em que o componente fiduciário seja indispensável. Pelo menos, com relação ao elemento objetivo – da natureza dos cargos em comissão –, a Emenda Constitucional nº 19/1998 alterou o inc. V do art. 37 da Lei Maior, no sentido proposto. Mas, não cessa por aí.

Há de se interpretar os incs. II e V do art. 37 como indicativos seguros de que o comissionamento só pode incidir sobre atribuições de assessoramento, chefia e direção em nível superior, e não em qualquer escalão da Administração Pública, bem como que para funções de natureza burocrática, profissional, técnica, rotineira, não há relação de confiança alguma objetivamente considerada. Também merece sopesar que, mesmo no nível de uma escala hierarquizada na qual esteja presente a tecnicidade, a opção deve ser a instituição de funções de confiança, e não de cargos em comissão, como mecanismo de valorização e profissionalização das carreiras do serviço público cujos quadros não podem ficar à mercê da transitoriedade que deve ser sempre excepcional. Com efeito, na redação original do inc. V do art. 37 da Constituição de 1988 dedicava-se preferência aos servidores ocupantes de cargos de carreira técnica ou profissional para o exercício de cargos em comissão e funções de confiança, nos casos e condições previstas em lei. Com a Emenda nº 19/1998, o art. 37, inc. V, teceu uma distinção com maior densidade científica entre cargo em comissão e função de confiança: se ambos consistem em atribuições de assessoramento, chefia e direção – em nível superior, acrescente-se – esta é mera função reservada aos servidores ocupantes de cargos de provimento efetivo enquanto aquele constitui cargo (propriamente dito) cujo provimento é permitido a qualquer pessoa (preenchidos os demais requisitos legais de investidura), mas cujo exercício pode ser facultado a servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei específica.

Por isso, é assaz importante no controle de constitucionalidade a visita à descrição ao plexo de funções de cada cargo para verificação de uma autêntica relação de confiança a ministrar a criação do cargo respectivo, demonstrativa de sua natureza de assessoramento, chefia e direção. Ora, tendo uma descrição que não a indique ou não tendo essa descrição, soa ilegítima

sua criação ainda que os cargos tenham denominação de coordenação e de assessoria. Se não há dado algum evidenciando que desempenharão funções de natureza política no seio administrativo em que o requisito da confiança justifique a liberdade de provimento, se carecem da definição de suas atribuições a revelar alguma dessas hipóteses, não se revela razoável sua instituição pela impossibilidade de aferição do exercício de funções políticas ou de funções técnicas, burocráticas, permanentes, profissionais – estas, reservadas ontologicamente a cargos de provimento efetivo. É corolário do princípio da legalidade que se irradia sobre a criação de cargos públicos, mormente os de provimento comissionado, ex vi do art. 37, incs. II e V, e art. 61, § 1º, inc. II, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988, que a lei específica deve conter, para além de lotação, valor de vencimentos, exigências de provimento, definição de jornada de trabalho, dentre outros, as atribuições do cargo (BRUNO; DEL OLMO, 2006, p. 35). A propósito, saliente-se que

[...] somente a lei pode criar esse conjunto inter-relacionado de competências, direitos e deveres que é o cargo público. Essa é a regra geral consagrada no art. 48, X, da Constituição, que comporta uma ressalva à hipótese do art. 84, VI, b. Esse dispositivo permite ao Chefe do Executivo promover a extinção de cargo público, por meio de ato administrativo. A criação e a disciplina do cargo público faz-se necessariamente por lei no sentido de que a lei deverá contemplar a disciplina essencial e indispensável. Isso significa estabelecer o núcleo das competências, dos poderes, dos deveres, dos direitos, do modo da investidura e das condições do exercício das atividades. Portanto, não basta uma lei estabelecer, de modo simplista, que “fica criado o cargo de servidor público”. Exige-se que a lei promova a discriminação das competências e a inserção dessa posição jurídica no âmbito da organização administrativa, determinando as regras que dão identidade e diferenciam a referida posição jurídica. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 581)

Não serve a esse propósito socorrer-se do regulamento previsto no art. 84, inc. VI, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988, que é “mera competência para um arranjo intestino dos órgãos e competências já criadas por lei”, como, por exemplo, a transferência de departamentos e divisões (MELLO, C. A. B. de, 2006, p. 324-325). A plena exigibilidade da reserva legal em seu sentido estrito, absoluto, é corroborada pela sólida jurisprudência reverberando que “a Constituição da República não oferece guarida à possi-

bilidade de o Governador do Distrito Federal criar cargos e reestruturar órgãos públicos por meio de simples decreto”¹⁷, e que “são inconstitucionais a lei que autorize o Chefe do Poder Executivo a dispor, mediante decreto, sobre criação de cargos públicos remunerados, bem como os decretos que lhe dêem execução”¹⁸.

No entanto, se à lei compete estabelecer os requisitos para provimento – escolaridade, qualificação, idade etc. – de cargos de provimento efetivo, também o fará para cargos de provimento em comissão, porque o art. 37, inc. I, da Constituição Federal de 1988 abrange, sem distinções, quaisquer cargos, funções ou empregos na Administração Pública direta e indireta. Da mesma forma, também é do domínio da lei o estabelecimento de requisitos e restrições aos ocupantes de cargos ou empregos na Administração direta ou indireta que possibilite o acesso a informações privilegiadas (art. 37, § 7º, da CF/1988 na redação dada pela Emenda no 19/1998). Com base nesse preceito, é lícita a arquitetura de incompatibilidades antes, durante e depois do exercício de cargos ou empregos públicos para evitar conflitos de interesse diante da potencialidade de improbidade pelo acesso à *inside*

¹⁷ STF, RE 577.025-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 11-12-2008, v.u., DJe 0-03-2009.

¹⁸ Ver ementa: “1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Condição. Objeto. Decreto que cria cargos públicos remunerados e estabelece as respectivas denominações, competências e remunerações. Execução de lei inconstitucional. Caráter residual de decreto autônomo. Possibilidade jurídica do pedido. Precedentes. É admissível controle concentrado de constitucionalidade de decreto que, dando execução a lei inconstitucional, crie cargos públicos remunerados e estabeleça as respectivas denominações, competências, atribuições e remunerações. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Art. 5º da Lei nº 1.124/2000, do Estado do Tocantins. Administração pública. Criação de cargos e funções. Fixação de atribuições e remuneração dos servidores. Efeitos jurídicos delegados a decretos do Chefe do Executivo. Aumento de despesas. Inadmissibilidade. Necessidade de lei em sentido formal, de iniciativa privativa daquele. Ofensa aos arts. 61, § 1º, inc. II, ‘a’, e 84, inc. VI, ‘a’, da CF. Precedentes. Ações julgadas procedentes. São inconstitucionais a lei que autorize o Chefe do Poder Executivo a dispor, mediante decreto, sobre criação de cargos públicos remunerados, bem como os decretos que lhe dêem execução” (STF, ADI 3.232-TO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso, 14-08-2008, v.u., DJe 03-10-2008). No mesmo sentido: “Ação direta de inconstitucionalidade – leis municipais de São Vicente – criação de cargos – não pode a lei delegar competência reservada a ela pela Constituição do Estado para decreto estabelecer as atribuições dos cargos [...] – ação procedente” (TJSP, ADI 170.044-0/7-00, Órgão Especial, Rel. Des. Eros Piceli, 24-06-2009, v.u.).

information. De qualquer maneira, cumpre sempre ter presente a advertência do Marquês de São Vicente para a escolha das pessoas a serem investidas nos cargos comissionados: “a arte e o tino do govêrno está em assinar aos homens que reúnem o talento à probidade o lugar que lhes compete, não só para que o auxiliem, como para que não lhe criem embaraços e não procurem abrir carreira, forçando as traves que lhe são opostas” (BUENO, 1958, p. 379-433). Disso resulta que a discricionariedade não é absoluta, deve inclinar-se a pessoas dotadas de lealdade, eficiência e probidade.

2 Proporcionalidade na criação de cargos de provimento em comissão e nepotismo no seu provimento

Se, como visto, não é qualquer plexo de competências que justifica a criação legal de cargo de provimento em comissão, senão aquelas reveladoras de atribuições de assessoramento, chefia e direção, o que exige, ainda, a necessidade de descrição dessas atribuições em lei, é deveras relevante controlar a criação de cargos comissionados à luz da proporcionalidade e o seu provimento orientado pelo nepotismo.

Chama a atenção a excessiva quantidade de cargos de provimento em comissão nas mais variadas esferas administrativas da Federação, cujo número é indicativo de que as disposições constitucionais são subvertidas pelas infraconstitucionais, o que se mostra inadmissível sob o pálio de princípios como moralidade, supremacia da Constituição e hierarquia normativa. Decisão da Suprema Corte conclui que, por exemplo, “pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão”¹⁹. Para além, a questão denota a tendência de substituição da profissionalização pelo aparelhamento da função pública – prática que já havia sido censurada – décadas atrás – por Ruy Cirne Lima ao tratar do unipartidismo²⁰.

¹⁹ STF, RE-AgR 365.368-SC, 1a Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 22-05-2007, v.u., DJ 29-06-2007, p. 49, RTJ 204/385.

²⁰ Ruy Cirne Lima (1982, p. 152-153), ao criticar o “unipartidismo”, professa que “existe, entretanto, tem existido e continuará a existir, em todos os Estados civilizados, uma administração organizada, que eficientemente realiza a tarefa estatal e que nenhuma doutrina política, ainda quando realizável, ou realizada, poderá pretender ferir ou destruir, atento o seu caráter de necessidade. Essa administração organizada compõe-se de profissionais, de técnicos. Repousa sobre a hierarquia e a disciplina”.

O problema é sensível e preocupante. Segundo reportagem publicada em jornal de circulação nacional, havia, em 2004, 470 mil cargos de provimento em comissão nos Municípios, nos Estados e na União, número que alcançou 621 em 2009, representando aumento de 32% no período. Nos Estados houve aumento de 5% para 6% nos cargos em comissão: 115 mil comissionados em 2004 e 158,8 mil em 2009, o que significa um crescimento de 37,4%. Dentre os Estados, os que têm maiores proporções de comissionados no total de servidores são Tocantins (40%), Roraima (18,3%), Distrito Federal (14%) e Rondônia (13,9%), e as menores proporções são atribuídas a São Paulo (1,96%), Paraná (2,25%) e Rio Grande do Norte (2,98%). Em uma visão macroscópica, em 2004 os comissionados estaduais não servidores eram 43,2% do total; em 2009 o percentual chegou a, no mínimo, 52%. De acordo com os números repassados pelos próprios Estados, 85 mil comissionados não têm relação com o serviço público, contra 49,8 mil (2004). No caso dos Municípios, o número de comissionados saltou de 7,9% do total de servidores em 2004 para 8,8% em 2008: 338,2 mil (2004) para 443,7 mil (2008), registrando o crescimento de 31,2%. Na União, os cargos comissionados saltaram de 17.609 (2004) para 20.656 (2009), marcando elevação de 17,3% (MELLO, F. B., 2009). Essa quantidade é absolutamente alarmante e indica a sistemática do botim. Recente julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) censurou lei estadual que continha a criação de cargos de provimento em comissão em quantidade correspondente a mais da metade dos cargos da Administração estadual²¹.

A questão do nepotismo está intimamente entrosada (mas não exclusivamente) aos cargos de provimento em comissão. Na República Velha, sob o pálio do coronelismo – expressão brasileira do clientelismo (“aprovei-

²¹ Ver excerto a seguir: “O Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação direta ajuizada pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB para declarar a inconstitucionalidade do art. 5º, *caput*, e parágrafo único; art. 6º; das Tabelas II e III do Anexo II e das Tabelas I, II e III do Anexo III; e das expressões ‘atribuições’, ‘denominações’ e ‘especificações’ de cargos contidas no art. 8º da Lei tocaninense 1.950/2008, que, ao dispor sobre a organização da estrutura básica do Poder Executivo, criou mais de 35 mil cargos em comissão. Entendeu-se que a norma impugnada teria desrespeitado os princípios da proporcionalidade, ante a evidente desproporção entre número de cargos de provimento em comissão e os de provimento efetivo, e da moralidade administrativa, além de não observar o disposto no art. 37, V, da CF, haja vista que grande parte dos cargos criados referir-se-ia a áreas eminentemente técnicas

tamento privado da coisa pública”) –, os cargos ou empregos públicos constituíam moeda de troca no compromisso entre o governo estadual e o chefe político, titular das indicações (FAORO, 2000, v. II, p. 253-259) e eram receptivos ao nepotismo conforme registra a crônica estampando que “os cargos públicos estaduais estavam entregues a parentes, fechado o poder a estranhos” (FAORO, 2000, v. II, p. 264). Não bastasse a suscetibilidade dos cargos comissionados ao nepotismo²² – ainda que censurada (parcialmente)

e operacionais, não se revestindo de natureza de chefia, direção ou assessoramento, o que estaria a burlar, por conseguinte, a exigência constitucional do concurso público (CF, art. 37, II). Considerou-se, ademais, que o art. 8º da lei em questão, ao delegar ao Chefe do Poder Executivo poderes para, mediante decreto, dispor sobre as competências, as atribuições, as denominações das unidades setoriais e as especificações dos cargos, bem como a organização e reorganização administrativa do Estado, teria deixado em aberto a possibilidade de o Governador, a pretexto de organizar a estrutura administrativa do Estado, criar novos cargos sem edição de lei, em afronta ao que disposto no art. 61, § 1º, II, a, da CF. Por fim, tendo em conta que os cargos criados pela Lei 1.950/2008 constituem mais da metade dos cargos da Administração Pública do Estado do Tocantins, sendo que alguns se referem a atividades estatais essenciais aos cidadãos, que não poderiam ser onerados pela ausência da prestação em setores sensíveis como os da educação, da saúde e da segurança pública, fixou-se o prazo de 12 meses, a contar da data deste julgamento, a fim de que o Poder Executivo reveja as nomeações feitas quanto aos cargos criados pelas normas declaradas inválidas, desfazendo-as e substituindo-as pelo provimento dos cargos de igual natureza e de provimento efetivo vagos, mediante realização de concursos públicos ou pela criação de novos cargos, de provimento efetivo, para o desempenho das funções correspondentes às entregues a ocupantes de provimento comissionado com base na lei impugnada. Determinou-se, também, a remessa de cópia do processo e do acórdão ao Ministério Público estadual e ao Conselho Nacional do Ministério Público. Vencidos, no ponto, os Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, que não fixavam nenhum prazo. Alguns precedentes citados: ADI 2551 QO-MC/MG (DJU de 20.4.2006); RE 365368/SC (DJU de 29.6.2007); ADI 3706/MS (DJE de 5.10.2007); ADI 3233/PB (DJU de 14.9.2007); ADI 2661 MC/MA (DJU de 23.8.2002); ADI 3232/TO (DJE de 3.10.2008); ADI 3983/TO (DJE de 3.10.2008); ADI 3990/TO (DJe de 3.10.2008)” (STF, ADI 4.125-TO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carmen Lúcia, 10-06-2010, *Informativo STF* 590).

²² Conforme a crítica pondera, “pior que a criação desmesurada de cargos em provimento em comissão é o mau uso que deles fazem certas autoridades com poder de nomeação, cujo interesse é apenas atender aos que lhes são mais próximos, como é o caso de alguns parentes. Em suma: o pior é o nepotismo. No Vocabulário Jurídico, 4. ed., Rio de Janeiro, Forense, v. V, p. 426, em continuidade aos anteriores volumes, de Plácido e Silva, Waldir Vitral ao tratar da expressão nepotismo afirma: ‘Atualmente, é caracterizado pela prática

pela Súmula Vinculante nº 13 do STF – há outra consideração relevante para a atualidade: os cargos de provimento em comissão constituem a moeda de troca das relações entre os Poderes Executivo e Legislativo para construção da base (aliada) de sustentação do governo (com incidência ou não do nepotismo ainda que cruzado). Ao analisar a Constituição Federal vigente, Diógenes Gasparini (2008, p. 271) acentuou, no que tange aos cargos de provimento em comissão, que “a lei também pode vedar que para esses cargos sejam nomeados parentes até 3º grau da autoridade nomeante”. Nesse quadrante, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento que “a vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática, uma vez que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal”²³, e, ademais, não visualiza a proibição do nepotismo nas matérias da reserva de iniciativa legislativa do chefe do Poder Executivo²⁴.

3 Regime jurídico dos cargos de provimento em comissão

Se é certo que o regime jurídico dos cargos públicos só pode ser o estatutário e que a admissibilidade do regime jurídico celetista é reservada aos empregos públicos – cuja existência no âmbito da Administração Pública direta e indireta de direito público é de duvidosa constitucionalidade, à mercê da Lei nº 9.962/2000 –, com maior razão o é para cargo de provimento em comissão. Não é por outro motivo que a Lei nº 8.112/1990 sujeita ao regime estatutário federal os cargos comissionados (arts. 3º e 9º, II). Leis que instituem como regime jurídico dos servidores públicos *lato sensu* o celetista devem atenção a esse aspecto porque são inconstitucionais. Assim, se em determinada esfera federativa a opção política foi o regime celetista e a dotação de empregos públicos, deve, no entanto, reservar espaço ao regime estatutário para

de detentores do poder para concederem facilidades, favores, lugares no governo ou no quadro do funcionalismo aos membros de sua família, independentemente de aferição de capacidade e do valor moral da pessoa beneficiada. Figura como uma das formas de corrupção no poder” (GASPARINI, 2008, p. 272-273).

²³ STF, Rcl-MC-AgR 6.702-PR, Tribunal Pleno, Rel. Ricardo Lewandowski, 04-03-2009, v.u., DJe 30-04-2009; STF, RE 579.951-RN, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 20-08-2008, v.u., DJe 24-10-2008.

²⁴ STF, ADI-MC 1.521-RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, 12-03-1997, m.v., DJ 17-03-2000, p. 02, RTJ 173/424.

cargos comissionados, a despeito de ser, no mínimo, controversa à vista da exigência de regime jurídico único. É bem verdade que não se compactua com a ideia do regime celetista na Administração Pública direta e nas autarquias e fundações públicas de direito público.

Mas, com relação aos cargos de provimento em comissão é incompatível a atribuição de regime celetista, donde resulta que o regime jurídico próprio aos cargos de provimento em comissão é unicamente o estatutário. Sob o pálio do art. 37, inc. II, da Constituição Federal, é inconciliável o cargo de provimento em comissão de livre provimento e exoneração com o regime jurídico celetista que, por excelência, reprime a dispensa imotivada. Se o cargo comissionado é de instituição permanente, porém, de provimento instável e precário, porque se liga à concepção de execução de diretrizes políticas superiores que são exigentes de relação de confiança, e, por essa razão, a Constituição Federal prevê liberdade no seu provimento e na sua exoneração – dispensando qualquer motivação e a regra do concurso público –, é intuitivo que o seu regime jurídico é, por excelência, administrativo, e nunca contratual. Nessa linha, já se decidiu que

[...] a nomeação para cargo em comissão, por se tratar de relação jurídica própria de direito público estabelecida entre a Administração e o comissionado, é regulada pelo regime estatutário, ou seja, essa relação não tem natureza contratual, mas institucional, de modo que não se lhe aplicam as disposições pertinentes ao emprego público, subordinado, basicamente, ao regime celetista²⁵.

A inserção do cargo comissionado no regime celetista é incompatível com essa estrutura normativo-constitucional porque, para além, fornece, indiretamente, uma estabilidade impossível com a sua natureza, na medida em que o regime celetista de vínculo reprime a dispensa imotivada do empregado pela imposição de ônus financeiro ao tomador de serviços – aviso prévio, multa rescisória, indenização e outros consectários de similar natureza. A isso se antagoniza a avaliação da dimensão do desprovimento do cargo comissionado como medida discricionária orientada pelos critérios

²⁵ STJ, REsp 621.647-DF, 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, 21-03-2006, v.u., DJ 10-04-2006, p. 130.

de oportunidade e conveniência da Administração Pública. Portanto, sua sujeição ao regime celetista tolhe a liberdade de exoneração reservada ao administrador público.

Ao examinar preceito da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul segundo o qual “aos ocupantes de cargos de que trata este artigo será assegurado, quando exonerados, o direito a um vencimento integral por ano continuado na função, desde que não titulem outro cargo ou função pública” (art. 32, § 3º), o Supremo Tribunal Federal estimou que, “além dessa inconstitucionalidade formal, ocorre, também, no caso, a material, pois, impondo uma indenização em favor do exonerado, a norma estadual condiciona, ou ao menos restringe, a liberdade de exoneração, a que se refere o inc. II do art. 37 da C.F.”²⁶.

Em outro precedente enfocando disposição similar do art. 287 da Constituição do Estado de São Paulo, o Ministro Paulo Brossard assinalou:

[...] os titulares dos cargos ou das funções sujeitos à investidura por concurso público gozam de garantias previstas na Constituição: são garantias inerentes ao exercício do cargo, que não são concedidas às pessoas como privilégio, mas para garantir o exercício das funções dentro dos estritos limites da lei, a salvo de pressões e injunções de toda ordem; para estes o ordenamento jurídico entende que é necessária alguma garantia. Ao contrário, os que ascendem a cargos não sujeitos à investidura por concurso, ficando à mercê da dispensa ou exoneração *ad nutum*, convivem a todo instante com o dever de fidelidade para com a execução da diretriz política que lhe foi confiada e com o caráter transitório da sua presença na administração pública; para estes não é desejável nenhuma

²⁶ STF, ADI 182-RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, 05-11-1997, v.u., DJ 05-12-1997, p. 63.902. Desse julgamento merece destaque o seguinte excerto: “9. Se, por força da cláusula constitucional explícita, a exoneração do cargo em comissão é livre, não pode estar subordinada a nenhuma condição. A exigência do pagamento de indenização equivalente a um mês de vencimentos, por ano de exercício de cargo em comissão, restringe o poder discricionário da Administração de livremente nomear e exonerar o ocupante do cargo, por considerações ligadas aos encargos financeiros decorrentes, tudo de forma a inibir essas prerrogativas da Administração, emanadas da Constituição. 10. A indenização prevista nas normas impugnadas, dessa forma, é inconciliável com a regra contida na segunda parte do inciso II do art. 37 da Constituição Federal”.

garantia além daquela que advém do correto e eficiente desempenho das tarefas que lhe foram confiadas, e que aceitaram delas desincumbir-se. 5. Concluo entendendo que a relevância da matéria está posta no interesse da Administração, e não do servidor, e que a manutenção da disposição impugnada é desaconselhada pelo art. 37, II, combinado com o art. 25 da Constituição Federal, porque se a nomeação é feita sob a cláusula expressa de livre exoneração, o dever de indenizar restringe essa liberdade²⁷.

Avulta na hipótese a inadmissibilidade de extensão ao cargo comissionado de parcela ou da íntegra da disciplina do regime estatutário ou do celetista incompatível com a sua natureza, pois, da mesma forma que se edifica a impossibilidade de sua sujeição ao regime contratual (celetista) também se denota a inviabilidade plena e absoluta da concessão de elementos integrantes do regime legal (estatutário) peculiares e exclusivos dos servidores públicos titulares de cargos de provimento efetivo ou dissonantes da natureza do cargo de provimento em comissão – situando-se, por exemplo, nesta latitude, a estabilidade ordinária ou anômala²⁸ e a estabilidade sindical provisória²⁹.

Neste contexto, pronuncia a jurisprudência que “indenizações rescisórias e FGTS são incompatíveis para os ocupantes dos cargos providos em

²⁷ Segue-se ementa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA PAGA PELOS COFRES PÚBLICOS POR OCASIÃO DA EXONERAÇÃO OU DISPENSA DE QUEM, SEM OUTRO VÍNCULO COM O SERVIÇO PÚBLICO, SEJA OCUPANTE DE FUNÇÃO OU CARGO EM COMISSÃO DE LIVRE EXONERAÇÃO, ART. 287 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. 1. A nomeação para os cargos em comissão é feita sob a cláusula expressa de livre exoneração. A disposição que prevê o pagamento pelos cofres públicos de indenização compensatória aos ocupantes de cargos em comissão, sem outro vínculo com o serviço público, por ocasião da exoneração ou dispensa, restringe a possibilidade de livre exoneração, tal como prevista no art. 37, II, combinado com o art. 25 da Constituição Federal. 2. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade e a conseqüente ineficácia do art. 287 da Constituição do Estado de São Paulo, desde a sua promulgação” (STF, ADI 326-SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Paulo Brossard, 13-10-1994, m.v., DJ 19-09-1997, p. 45.526).

²⁸ STF, RE-AgR 181.727-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, 23-08-2005, v.u., DJ 09-12-2005, p. 14, RT 848/150; STF, RE 146.332-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Octávio Gallotti, 15-09-1992, v.u., DJ 06-11-1992, p. 20.109, RTJ 143/335.

²⁹ STF, RE 183.884-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 08-06-1999, v.u., DJ 13-08-1999, p. 14.

comissão”³⁰, e, complementando essa digressão, a doutrina pondera que “o servidor que exercer cargo público em comissão poderá ser demitido *ad nutum*, não ficando sujeito às formas demissionárias dos servidores públicos efetivados” (DUARTE NETO, 2007, p. 51), e, por isso, se na Administração Pública direta é admissível a sujeição dos servidores públicos lato sensu ao regime celetista como empregados públicos, a Lei nº 9.962/2000, de âmbito federal, exclui dessa possibilidade os cargos de provimento em comissão (art. 1º, § 2º, “b”).

Diferentemente do servidor titular de cargo efetivo, o de comissionado não observa jornada de trabalho, senão regime de integral dedicação ao serviço (art. 19, § 1º, da Lei nº 8.112/1990). Sua remuneração é diferenciada, com a previsão de gratificação pelo exercício de função de direção, chefia e assessoramento (arts. 41, § 2º, 61, I, 62, da Lei nº 8.112/1990). Quando a Constituição no § 3º do art. 39 estendeu aos servidores públicos alguns dos benefícios trabalhistas do art. 7º – concebidos como direitos sociais fundamentais e universais – teve em mira aquinhoar aqueles que exerciam profissão e carreira, como ocorre com os servidores públicos e os membros de Poder, não se destinando àqueles cuja investidura é de natureza política. A Lei nº 8.112/1990 preceitua a jornada de trabalho dos servidores públicos no art. 19, mas, o § 1º estabelece que o ocupante de cargo em comissão ou função de confiança se submete a regime de integral dedicação ao serviço, razão pela qual sua remuneração obedece a critérios próprios (arts. 41, § 1º, 61, I, e 62), com previsão de retribuição pelo exercício de função de direção, chefia e assessoramento (art. 61, I), inconfundível com o adicional por serviço extraordinário (art. 73) – similar à hora extra – a que não faz jus o ocupante de cargo comissionado³¹.

Destarte, apesar de o regime jurídico estatutário integrar o cargo de provimento em comissão, não é por ele integralmente presidido. Há direitos e vantagens próprios dos servidores titulares de cargos de provimento efetivo, como estabilidade, aposentadoria segundo o regime próprio de previdência

³⁰ TJSP, AC 323.630-5/9, São Carlos, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Castilho Barbosa, 27-03-2007.

³¹ TJSP, AC 158.793-5/4-00, Limeira, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Antonio C. Malheiros, v.u., 11-10-2005; TJSP, AC 118.215-5-00, Nhandeara, 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Antonio Rulli, v.u., 16-10-2002; TJSP, AC 128.751-5/9-00, Ribeirão Preto, 9ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Geraldo Lucena, v.u., 14-05-2003; TJSP, AC 257.045-5/3-00, Cubatão, 12ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Prado Ferreira, v.u., 16-08-2006.

social (art. 40, § 13, da CF) *a latere* de direitos validamente estendidos aos ocupantes de cargos comissionados, como, por exemplo, o direito a férias, gratificação natalina (arts. 65, 78, § 3º, da Lei nº 8.112/1990), ressalvadas as situações de investidura comissionada como agentes políticos³². Também há deveres, como a apresentação de declaração de bens (art. 13, § 5º, da Lei nº 8.112/1990; art. 13 da Lei nº 8.429/1992; Lei nº 8.730/1993), e responsabilidades, pois, existe a possibilidade de destituição de cargo em comissão no caso de infração a que seja cominada suspensão e demissão (arts. 127, V, 135, 136 e 137 da Lei nº 8.112/1990), exigente de processo administrativo cuja conclusão positiva conduz à conversão da exoneração em destituição além de ressarcimento ao erário e impedimento à nova investidura.

Sob outro prisma, é inegável o reconhecimento de violação aos princípios jurídicos da moralidade e da razoabilidade. Enquanto a razoabilidade serve como parâmetro no controle da legitimidade substancial dos atos normativos, requerente de compatibilidade aos conceitos de racionalidade, justiça, bom senso, proporcionalidade etc., interditando discriminações injustificáveis e, por isso, desarrazoadas, a moralidade se presta à mensuração da conformidade do ato estatal com valores superiores (ética, boa-fé, finalidade, boa administração etc.), vedando atuação da Administração Pública pautada por móveis ou desideratos alheios ao interesse público (primário) – ou seja, censura o desvio de poder que também tem a potencialidade de incidência nos atos normativos.

Os cargos comissionados são exceção à regra constitucional do acesso à função pública (*lato sensu*) mediante concurso público, possibilitando a investidura por critérios pessoais e subjetivos, sob o pálio da instabilidade e da transitoriedade do vínculo como elementos essenciais de sua duração. É, pois, desarrazoada e imoral a outorga de prerrogativas próprias do regime

³² “RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EX-DEPUTADOS ESTADUAIS. POSTULAÇÃO DE PAGAMENTO DE 13º SALÁRIO. INOCORRÊNCIA DE RELAÇÃO DE TRABALHO COM O PODER PÚBLICO. INVIABILIDADE. DEPUTADO ESTADUAL, NÃO MANTENDO COM O ESTADO, COMO É DA NATUREZA DO CARGO ELETIVO, RELAÇÃO DE TRABALHO DE NATUREZA PROFISSIONAL E CARÁTER NÃO EVENTUAL SOB VÍNCULO DE DEPENDÊNCIA, NÃO PODE SER CONSIDERADO COMO TRABALHADOR OU SERVIDOR PÚBLICO, TAL COMO DIMANA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ARTS. 7º, INCISO VIII, E 39, § 3º), PARA O FIM DE SE LHE ESTENDER A PERCEPÇÃO DA GRATIFICAÇÃO NATALINA. Recurso a que se nega provimento” (STJ, RMS 15.476-BA, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 16-03-2004, v.u., DJ 12-04-2004). Nesse sentido, ver Martins Junior (2009, p. 89-91/206-214).

contratual a seus ocupantes, tendo em conta que este sanciona a dispensa imotivada com a indenização compensatória – e outros consectários. Trata-se da atribuição de uma garantia absolutamente imprópria a uma relação jurídica precária e instável. Ora, o padrão ordinário, normal e regular, advindo da Constituição, não admite que se onerem os cofres públicos para o custeio da exoneração de cargo comissionado, à luz da conformação constitucional que realça a liberdade de seu provimento – orientada por força de ingredientes puramente políticos. Em suma, a submissão do cargo comissionado ao regime celetista implica intolerável outorga de uma série de vantagens caracterizadoras de privilégio inadmissível à vista da natureza do cargo público cuja marca eloquente é a instabilidade do provimento ditada pela relação de confiança.

Conclusão

Em face do exposto, articulam-se as seguintes conclusões:

- 1 os cargos de provimento em comissão, no Direito Brasileiro, são exceções ao sistema de mérito no recrutamento de agentes públicos e se destinam às funções de assessoramento, chefia e direção, criadas em lei com liberdade de provimento e exoneração, predicados que denotam a instabilidade elementar da investidura;
- 2 a lei deve conter a descrição das atribuições desses cargos e repugna aos princípios de moralidade e impessoalidade a opção do nepotismo em seu provimento;
- 3 a quantidade de cargos comissionados deve ser proporcional à de cargos de provimento efetivo e na medida do que for essencial para a transmissão de linhas de ação política e sua fiscalização à administração burocrática;
- 4 o regime jurídico dos cargos de provimento em comissão sempre deve ser o estatutário, constituindo violação à liberdade de provimento e exoneração a adoção do regime celetista.

MARTINS JUNIOR, W. P. Filling positions on commission. *Justitia*, São Paulo, v. 202, p. 133-157, Jan./Dec. 2011-2012.

- **ABSTRACT:** The provision of commissioned positions in Brazilian law are exceptions to the merit system in recruitment of public officials and are designed to advisory services, management and direction, due to

the relationship of mutual trust between the occupant and the higher authority for the increase in policy guidelines of this, created by law with freedom of provision and exoneration, predicates which demonstrate the elementary instability of the appointment. The law must contain the duties description of these posts, and nepotism practices deeply offend the principles of morality and impersonality. The amount of commissioned positions should be proportional to the public offices and to the extent that is necessary for the transmission of political action lines and its monitoring of bureaucratic administration, avoiding the tendency to rigging. The legal regime of commissioned office should always be the statutory (due to some limitations of this regime), constituting freedom violation of provision and exoneration if the Consolidated Labor Laws (CLT) regime is adopted.

- **KEY WORDS:** Public position. Provision on commission. Nature, requirements and limits. Nepotism. Legal regime.

Referências

- BRUNO, Reinaldo Moreira; DEL OLMO, Manolo. *Servidor público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.
- CAMMAROSANO, Márcio. *Provimento de cargos públicos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Filosofia do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- DUARTE NETO, Claudionor. *O estatuto do servidor público (Lei nº 8.112/90) à luz da Constituição e da jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000. v. I.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GIGLIOLI, Pier Paolo. Burocracia. In: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Coord. de tradução João Ferreira. 6. ed. Brasília: UnB, 1994. v. 1.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

LOPES, José Reinaldo. *O direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Remuneração dos agentes públicos*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Fernando Barros de. Cargos de confiança crescem 32% no país em cinco anos. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 15 fev. 2009. Seção Painel.

MENEGALE, J. Guimarães. *O estatuto dos funcionários*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. I.

PIMENTA, Eurípedes Carvalho. Limitações constitucionais à criação de cargos em comissão: uma proposta de revisão constitucional. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 40, n. 299, p. 310-311, dez. 1993.

PLANTEY, Alain. *Traité pratique de la fonction publique*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O servidor público nas reformas constitucionais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. *O princípio da impessoalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

