

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

ANDRÉ LUIZ ALVES DE MAGALHÃES

**ACESSO (IM)PESSOAL AOS CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES
PÚBLICOS. O NEPOTISMO E A SÚMULA VINCULANTE Nº 13 DO STF.**

São Paulo
2010

ANDRÉ LUIZ ALVES DE MAGALHÃES

**ACESSO (IM)PESSOAL AOS CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES
PÚBLICOS. O NEPOTISMO E A SÚMULA VINCULANTE Nº 13 DO STF.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

ORIENTADORA: PROF^a. DR^a. SÔNIA YURIKO KANASHIRO TANAKA

São Paulo
2010

M188a Magalhães, André Luiz Alves de
Acesso (im) pessoal aos cargos, empregos e funções públicos.
O nepotismo e a súmula vinculante nº13 do STF. / André Luiz
Alves de Magalhães - 2010.
146 f. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) –
Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2010
Orientador: Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka
Bibliografia: f. 139-146.

1. Administração pública. 2. Serviço público 3.Nepotismo.
4.Patrimonialismo. I. Título.

341.316

ANDRÉ LUIZ ALVES DE MAGALHÃES

**ACESSO (IM)PESSOAL AOS CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES
PÚBLICOS. O NEPOTISMO E A SÚMULA VINCULANTE Nº 13 DO STF.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Aprovada em 25 de agosto de 2010.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka
Prof. Dr. José Francisco Siqueira Neto
Profa. Dra. Márcia Walquíria Batista dos Santos

A Flávia e à pequena Marina, que todos os dias me confirmam o verdadeiro sentido da família.

AGRADECIMENTOS

À Prof^a. Sônia Tanaka, por sua orientação atenta e firme, e também por sua disponibilidade, sem a qual não teria sido possível superar a distância física.

A Gustavo Henrique Pinheiro de Amorim, pela fraterna acolhida em São Paulo e pelo inestimável apoio prestado.

Aos colegas do Mestrado, especialmente Antônio Limongi, Adriana Campos, Lidiane Longo e Paula Julieta, pelo companheirismo e auxílio de todas as horas.

Aos professores e funcionários da Universidade Presbiteriana Mackenzie, particularmente a Renato Santiago, que deu o suporte necessário ao cumprimento dos prazos e requisitos para a apresentação deste trabalho.

Aos colegas da Procuradoria Geral do Estado da Bahia que acreditam no estudo como instrumento do aprimoramento pessoal e profissional.

“O Estado não é uma ampliação do círculo familiar e, ainda menos, uma integração de certos agrupamentos, de certas vontades particularistas, de que a família é o melhor exemplo. (...) A verdade, bem outra, é que pertencem a ordens diferentes em essência. Só pela transgressão da ordem doméstica e familiar é que nasce o Estado e que o simples indivíduo se faz cidadão, contribuinte, eleitor, elegível, recrutável e responsável, ante as leis da Cidade”. (Sérgio Buarque de Holanda)

RESUMO

A partir da constatação de que uma parcela expressiva dos quadros de servidores públicos é provida por pessoas que não possuem vínculo com a Administração Pública, o trabalho detecta que a formação do serviço público brasileiro está atrelada à estrutura patrimonialista do Estado, cujas raízes jazem na ausência de distinção clara entre o público e o privado. Da análise dos artigos pertinentes ao recrutamento de servidores ao longo da história constitucional do país, deduz que, embora o sistema de mérito tenha sido eleito desde vetusta data como requisito primaz de acessibilidade, ao seu lado sempre foram disciplinadas formas secundárias de admissão, cujos critérios se mostravam menos próximos da aptidão profissional do indicado, do que dos interesses do administrador. Mesmo após o advento da Constituição de 1988, apesar da sensação de haver um firme aparato de acessibilidade com base na qualificação, apurável pelo concurso público, na prática, outros mecanismos fornecem, sob a forma de normas jurídicas, um amplo espectro de arregimentação de recursos humanos à margem de seleção isonômica. O trabalho informa que, após a promulgação da Carta vigente, os primeiros movimentos encetados dentro do sistema jurídico visando ao combate à distribuição pessoal de cargos se concentraram na proscrição ao favorecimento de parentes, tema que é focado a partir das primeiras regras proibitivas lançadas em normas atinentes à organização da Justiça do Trabalho, até culminar na edição da Súmula Vinculante nº 13 pelo Supremo Tribunal Federal. Analisando o verbete sumular, o trabalho reconhece, apesar das imprecisões extraídas do texto, tratar-se de importante sinalização no sentido da profissionalização do serviço público, tarefa que ainda demandará o combate a outras espécies de privilégios, não circunscritas ao núcleo familiar. Para este desiderato, considera premente o exercício da cidadania em sua dimensão horizontal, que implica o comprometimento dos indivíduos nos assuntos de interesse da coletividade, de cujas ações informa decorrerem, no âmbito da estruturação burocrática do Estado, o modelamento de um serviço público que prime pela transparência, equidade e eficiência.

PALAVRAS-CHAVE: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SERVIÇO PÚBLICO. NEPOTISMO. PATRIMONIALISMO.

ABSTRACT

From the observation that a significant portion of the management of public servants is provided by people who have no ties to the government, the paper detects that the formation of the Brazilian public service is tied to the structure of the patrimonial state, whose roots lie in the absence of a clear distinction between public and private sectors. Analysis of articles pertaining to the recruitment of servers along the country's constitutional history concludes that, while the merit system has been since long date elected as primate requirement of accessibility, secondary forms of admission were always disciplined by it's side, whose criteria were less close to the competence of the appointed professional, rather than the interests of the administrator. Even after the advent of the 1988 Constitution, despite the feeling of a strong apparatus of accessibility on the basis of qualification, that can be checked by public selection, in practice, other mechanisms provide, under the form of legal standards, a broad spectrum of human resources recruitment on the margin of isonomic selection. The paper reports that, after the promulgation of the current Constitution, the first movements initiated inside the legal system in order to combat the distribution of staff positions concentrated on the proscription of favoritism to relatives, a theme that is focused from the first prohibitive rules released on standards on the organization of the Labor Court to culminate in the issue of Stare Decisis nº 13 by the Supreme Court. Analyzing the entry, the paper recognizes, despite the inaccuracies extracted from the text, that it is an important signaling towards the professionalization of public service, a task that will still require combat to other kinds of privileges, not restricted to the nuclear family. For all this, consider pressing the exercise of citizenship in its horizontal dimension, which implies the involvement of individuals in matters of interest to the community, whose actions inform to come from arise from within the bureaucratic structure of the state, the modeling of a public service that reveals transparency, equity and efficiency.

KEYWORDS: PUBLIC ADMINISTRATION. PUBLIC SERVICE. NEPOTISM. PATRIMONIALISM.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AMB	Associação dos Magistrados Brasileiros
ANAMATRA	Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho
CF ou CF/88	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
DJ	Diário da Justiça
DJe	Diário da Justiça Eletrônico
DOU	Diário Oficial da União
EC	Emenda Constitucional
MPV	Medida Provisória
PCA	Procedimento de Controle Administrativo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

Introdução	10
1. Os direitos oriundos da cidadania	14
2. A cultura do patrimonialismo na sociedade brasileira	21
3. A admissão ao serviço público nas constituições brasileiras	26
3.1 Da Constituição do Império à Constituição de 1937	28
3.2 Da Constituição de 1946 à Emenda Constitucional nº 01 de 1969	34
3.3 A Constituição de 1988	42
3.3.1 A acepção de agentes públicos. Delimitação necessária	42
3.3.2 Princípios da Administração Pública no sistema da Constituição	45
3.3.3 Estabilização de servidores não-concursados	49
3.3.4 O Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado	52
3.3.5 A Emenda Constitucional nº 19 de 1998 - Reforma Administrativa	55
3.3.6 Os cargos, empregos e funções públicos	57
3.3.6.1 Cargos públicos, empregos públicos e funções de confiança	57
3.3.6.2 Contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público	66
3.3.6.3 A admissão de agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias.	68
4. O acesso ao serviço público nos julgados do Supremo Tribunal Federal	73
4.1 Ampliação do conteúdo da regra de estabilização prevista no art. 19 do ADCT da CF/88	73
4.2 Provimento de cargos sem concurso público	77
4.3 Inobservância da restrição constitucional às atribuições de direção, chefia e assessoramento	80
4.4 Desequilíbrio entre a criação de cargos de provimento temporário e de provimento efetivo	82
4.5 Fixação de casos, condições e percentuais mínimos de ocupação dos cargos em comissão por servidores efetivos. Norma de eficácia contida ?	83
4.6 A necessidade temporária de excepcional interesse público	86
4.7 Privilégio de parentes	88
5. O nepotismo	92
5.1 Conceito	92
5.2 O nepotismo no ordenamento jurídico brasileiro	94
5.3 A Resolução nº 07, de 18 de outubro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça	103
5.4 A ADC nº 12 e a constitucionalidade da Resolução nº 07/05	109
5.5 O Recurso Extraordinário 579.951-4 (Rio Grande do Norte)	114
5.6 A Súmula Vinculante nº 13 do STF e seu conteúdo jurídico	116
5.6.1 Destinatários da vedação	117
5.6.2 Agentes determinantes da incompatibilidade	119
5.6.3 Objeto da vedação	124
5.6.4 Âmbito de aplicação do entendimento sumular	131
5.6.5 Eficácia temporal da Súmula Vinculante nº 13	132
Conclusão	133
Referências	139

INTRODUÇÃO

Há uma prática corriqueira, notada onde quer que se manifeste a organização burocrática estatal brasileira, de se realizar o provimento de parcela expressiva dos quadros de servidores públicos através da nomeação, sob o critério da "confiança"¹, de pessoas que não possuem vínculo com a Administração Pública, às quais é atribuído o exercício das mais diversas funções, compreendendo não somente as atividades de maior hierarquia, como também as mais subalternas, em que a relação de fidúcia não tem qualquer pertinência.

Conquanto reputadas de vínculo precário e temporário², as nomeações para o exercício destas funções conseguem fazer perpetuar seus ocupantes no serviço público, não raro como peças do intrincado jogo político de distribuição de cargos, o que implica, quando da derrota eleitoral do grupo dominante, a modificação significativa da estrutura administrativa, com ela se esvaindo a memória da instituição e o investimento público na qualificação profissional de seus agentes.

A articulação e desarticulação dos partidos políticos que se consorciam à denominada "sustentabilidade do governo" também revigoram o conceito de botim eleitoral, que consiste em atribuir aos aliados as recompensas, de onde decorre o loteamento dos órgãos e entidades estatais, com o atrelamento de cargos e empregos públicos à cota dos partidos coligados.

Não sem razão o grande número de exonerações e nomeações lançados nos diários oficiais todas as vezes em que se altera a composição das forças que orientam a gestão pública, com prejuízos vultosos ao conjunto do serviço público.

¹Por ora entendida em sua acepção vulgar, sem correspondência à previsão do art. 37, V, da Constituição, que estabelece diferença técnica entre as *funções de confiança* e os *cargos em comissão*.

²Os seus ocupantes podem ser demissíveis *ad nutum*, i.e., a critério do nomeante, sem necessidade de justificativa.

Mas não é só por motivação de natureza político-partidária que se afasta o acesso meritório ao cargo público. A liberdade para nomear e exonerar parece se constituir num objetivo comum de todos quantos gerem recursos públicos, posto que também se nota no exercício da função administrativa pelos demais Poderes, particularmente no Poder Judiciário.

O predomínio da vontade de alguns sobre a vontade geral desnatura o princípio da igualdade - pedra angular do art. 5º da CF e princípio setorial da Administração Pública sob a feição da impessoalidade (art. 37), característica que José Murilo de Carvalho (2007, p. 223) credita à “ausência de ampla organização autônoma da sociedade” que “faz com que os interesses corporativos consigam prevalecer (...)”.

É intuitivo que o tema do acesso ao serviço público seja sensível à cidadania, já que o ingresso fundado em critérios não-meritórios pode significar o comprometimento irremediável do interesse coletivo, haja vista a inserção, notadamente nos setores de decisões estratégicas do Poder Público, de atores vinculados a interesses particulares, o que se contrapõe às ações impessoais que se esperam da Administração Pública.

Segundo Patrícia Baptista (2003, p. 165), em razão da proliferação dos centros de interesse, é dado à Administração Pública um papel atuante e interventor, cabendo-lhe "mais do que a simples mediação de interesses contrapostos, (...) garantir e estimular a atuação dos interesses menos organizados, assim como realizar uma filtragem adequada de todas as manifestações colhidas no processo participativo". O pressuposto intrínseco da organização administrativa, pois, de cuja hipertrofiada atuação se espera tão importantes resultados, há de ser a isenção, posto que a preservação do interesse público é incompatível com os anseios de classes corporativas.

Coadunando-se à cidadania o princípio da isonomia, vê-se que a ausência de processo seletivo meritório ofende o dogma da igualdade entre os homens, cuja forma

escrita se expressa no art. 6º da Declaração³ dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789.

Se o primado da lei é o representativo maior do interesse coletivo, há de se identificar, vencidos os vinte primeiros anos do novo regime constitucional, por qual razão o sistema jurídico então inaugurado ainda parece ser permeável às ações que militam contra o anseio geral.

Em face do argumento de que a cidadania e o regime democrático não coonestam com a existência de setores de privilégio, importa localizar na Constituição de 1988 os preceitos que regulam as regras e as exceções à admissão aos cargos, empregos e funções públicos, perquirindo as razões pelas quais se perpetuam, sob o prisma de constitucionais, e, portanto, situadas dentro do ordenamento jurídico positivo, condutas que o sentimento geral reputa incompatíveis e indesejáveis.

A partir do conceito de cidadania, e observado o modo como seu desenvolvimento se deu na formação da sociedade brasileira, será avaliado o mecanismo de acesso ao serviço público no Brasil ao longo dos diplomas constitucionais até o advento da Constituição de 1988.

Através de casos concretos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, será observado como a colonização do Estado por interesses particulares faz tabula rasa dos preceitos constantes do regime constitucional em vigor. O manejo exacerbado das regras permissivas ou descumprimento, puro e simples, das normas de contenção, evidenciam o irremediável conflito entre o princípio da impessoalidade, radicado na Constituição como postulador dos atos da Administração Pública, e os vetores que regem, na prática, o acesso aos cargos, empregos e funções públicos, e que dizem

³ Art. 6.º - A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. **Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis** a todas as dignidades, lugares e **empregos públicos**, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos. (grifos não integram o original)

de perto com a própria formação do Estado brasileiro, cujas raízes jazem na ausência de distinção clara entre o público e o privado.

O favorecimento de parentes na admissão ao serviço público será focado a partir das primeiras regras proibitivas lançadas em normas atinentes à organização da Justiça do Trabalho logo após a promulgação da Constituição de 1988, passando pelas manifestações a cargo do Tribunal de Contas da União e da Resolução Administrativa nº 388 do TST, até a adoção da Resolução CNJ nº 07/05, pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que proscreeu, no âmbito do Poder Judiciário, a utilização da máquina administrativa para o favorecimento de parentes.

Com base no julgamento da ADC nº 12, concernente à constitucionalidade da Resolução CNJ nº 07/05, e nos precedentes ADI 1.521, MS 23.780-5 e Recurso Extraordinário 579.951-4, será observado o contexto que ensejou a adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, da Súmula Vinculante nº 13, que fixou a interpretação constitucional acerca do nepotismo, cujo conteúdo jurídico merece ser sindicado.

1. OS DIREITOS ORIUNDOS DA CIDADANIA

O pensamento de T.H. Marshall, pronunciado na série de conferências dedicadas a Alfred Marshall, intituladas “The Marshall Lectures”, em Cambridge, 1949, permanece como referencial teórico importante para a compreensão do conceito de cidadania, por ele qualificado como o “*status* concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade”, e pelo qual todos que o possuem “são iguais com respeito aos direitos e obrigações pertinentes ao *status*” (MARSHALL, 1967, p. 77).

É clássico o estudo do desenvolvimento da sociedade inglesa empreendido pelo autor, do qual decorre a indicação tripartite dos direitos em civis, políticos e sociais, como um conjunto de sinalizadores concretos da evolução histórica da cidadania. Assim, enquanto aos primeiros correspondem os direitos necessários à “liberdade individual – liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça”, os políticos consistem no “direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo”. Já os direitos sociais se referem a

tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, da herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade” (MARSHALL, 1967, p. 64/67).

Marshall demonstra o processo acumulativo da aquisição e expansão dos direitos como expressão da cidadania, afirmando:

(...) os direitos civis surgiram em primeiro lugar e se estabeleceram de modo um tanto semelhante à forma moderna que assumiram antes da entrada em vigor da primeira Lei de Reforma, em 1832. Os direitos políticos se seguiram aos civis, e a ampliação deles foi uma das principais características do século XIX, embora o princípio da cidadania política universal não tenha sido reconhecido senão em 1918. Os direitos sociais, por outro lado, quase que desapareceram no século XVIII e princípio do XIX. O ressurgimento destes começou com o desenvolvimento da educação primária pública, mas não foi senão no século XX que eles atingiram um plano de igualdade com os dois outros elementos da cidadania (MARSHALL, 1967, p. 75).

A construção do autor inglês tinha como base fundamental a existência das liberdades civis, cujo exercício permitiu a ampliação dos direitos políticos, e estes, pela atuação dos partidos, motivaram a implantação dos direitos sociais. Consoante Décio Azevedo Marques de Saes, este evolucionismo teórico suscitou uma fértil polêmica no âmbito da Ciência Política, sobre se existiria verdadeiro determinismo na seqüência daqueles direitos, i.e., se o desenvolvimento das outras sociedades estaria moldado pela sucessão experimentada na sociedade inglesa.

Saes, embora repila a argumentação da cronologia impositiva da sucessão dos direitos, reconhece razão ao autor inglês em um sentido específico e bem delimitado, ao entender que a etapa da cidadania civil prepara a etapa da cidadania política, a saber:

(...) sem a atribuição da liberdade civil a todos os homens e sem o reconhecimento, por parte do Estado, da igualdade entre todos os homens nesse plano específico, não é possível atribuir-lhes direitos políticos. Aquele a quem se nega a capacidade de se movimentar livremente e de celebrar livremente atos de vontade (como os contratos) não pode ver reconhecida a sua liberdade política; isto é, a sua capacidade de eleger os governantes e de se fazer eleger como governante. É de resto o que nos ensina a História: categorias sociais privadas de liberdade civil, como os escravos da Antigüidade greco-romana, os servos da gleba do feudalismo ou os servos do Estado do despotismo asiático jamais tiveram acesso a direitos políticos. (SAES, s/d, p.10)

Oportuna é a abordagem de José Murilo de Carvalho quando, enfocando o mesmo tema a partir da evolução dos direitos na sociedade brasileira, constata que, aqui, os direitos sociais precederam os direitos políticos e estes os civis, a explicar, assim, a excessiva valorização do Poder Executivo. Segundo ele:

A cronologia e a lógica da seqüência descrita por Marshall foram invertidas no Brasil. Aqui, primeiro vieram os direitos sociais, implantados em período de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular. Depois vieram os direitos políticos, de maneira também bizarra. A maior expansão do direito do voto deu-se em outro período ditatorial, em que os órgãos de representação política foram transformados em peça decorativa do regime. Finalmente, ainda hoje muitos direitos civis, a base da seqüência de Marshall, continuam inacessíveis à maioria da população (CARVALHO, 2007, p. 219/220).

Embora também rejeite a acepção do determinismo de Marshall, Carvalho observa que a inversão da seqüência induz a tipos diversos de cidadania, ao observar que a implantação dos direitos sociais pelo Poder Executivo reforçou os laços paternalistas tão caros à formação do Estado brasileiro, em detrimento do sistema representativo, favorecendo, em lugar da cidadania, o conceito de “estadania”, visão patrimonialista de troca de favores (CARVALHO, 2007, p. 221).

Ao paradigma das fases históricas da conquista de direitos, segue-se a categorização destes segundo as suas “gerações”, expressão logo substituída por “dimensões”, por aqueles que pretendem afastar qualquer interpretação que induza à existência de sucessão cronológica, e que implique na capitulação dos direitos precedentes.

Desse modo, os *direitos civis e políticos* foram classificados como de *primeira dimensão*, a exigir a correspondente abstenção do poder público (*status negativus* ou *libertatis*), e os *sociais* como direitos de *segunda dimensão*, caracterizando-se como de natureza prestacional, i.e., dependentes de uma ação do Estado. A estes viriam ser agregados os direitos metaindividuais, coletivos e difusos como de *terceira dimensão* e os direitos de *quarta dimensão*, concernentes à biotecnologia, bioética e regulação da engenharia genética, havendo autores, a exemplo de Antonio Carlos Wolkner (2003, p. 15), que aludam aos de *quinta dimensão*, como sendo aqueles “advindos das tecnologias de informação (internet), do ciberespaço e da realidade virtual em geral”.

Desgarrando-se da vinculação do conceito de cidadania à *atribuição de status*, e, portanto, à redução do indivíduo a mero receptor de direitos, Ana Maria D’Ávila Lopes afirma que a cidadania coaduna-se à necessidade de participação mais ativa dos cidadãos na construção de uma sociedade justa, fulcrada no valor da solidariedade, por consistir em “um importante mecanismo de controle da atuação do Estado, estabelecendo as diretrizes e os limites das suas atividades em função do respeito aos interesses da própria sociedade” (LOPES, 2006, p. 29).

Este sentido, como se vê, avança na acepção tradicional da cidadania, já que, na explicação de Gianpaolo Poggio Smanio, a caracterização desta como atributiva de status privilegia apenas a denominada *dimensão vertical*, que é a relação do cidadão com o Estado, somente podendo ser compreendida a partir do exame do contexto histórico em que surgiu. A situação mundial de hoje, todavia, que contempla “a exclusão social, a integração, os novos movimentos sociais, a pluralidade religiosa e étnica, a globalização” (SMANIO, 2008, p. 336) demanda, segundo ele, a redefinição do conceito, a fim de que se lhe agregue a *dimensão horizontal*, que compreende não somente

uma condição objetiva de acesso a direitos, mas também de comprometimento com os interesses da comunidade, como, por exemplo, a defesa ambiental, a responsabilidade social, **a transparência dos negócios públicos**, a distribuição de renda e a inclusão social (SMANIO, 2008, p. 337). (grifos não integram o original)

A cidadania, portanto, deve ter em mira o conceito de solidariedade, no sentido que a vocaciona à ampliação da participação de todos os indivíduos na formação do interesse comum, e que pressupõe a reorganização entre o Estado e a sociedade.

Assim também é o pensamento de Liszt Vieira (1997, p. 25/26), que exorta a atitude contemporânea à “busca de uma estratégia para combinar o civil - direitos individuais – e o cívico – deveres para com o Estado, responsável pelo bem público”, sendo certo que a “a construção de uma cidadania plena exige um sábio equilíbrio entre os dois espaços – o público e o privado”.

Segundo Celso Lafer (2006), o pressuposto basilar da cidadania é a igualdade, a qual somente se alcança pela ação conjunta dos homens através da organização da comunidade política, que os torna iguais por meio da lei, eliminando os privilégios de classes ou grupos sociais.

No mesmo diapasão é o raciocínio de José Murilo de Carvalho, para quem, o “longo caminho”⁴ da cidadania brasileira, apesar do contratempo da inversão da

⁴ “O Longo Caminho” é o subtítulo do livro “Cidadania no Brasil”.

seqüência de direitos, passa pela necessidade do fortalecimento da organização da sociedade, a fim de que esta opere “não contra o Estado em si, mas contra o Estado clientelista, corporativo, colonizado”⁵ (CARVALHO, 2007, p. 227).

Conforme acentua Paulo Bonavides, quando o princípio da igualdade entrou nas primeiras Constituições, sua aplicação situava-se no âmbito de um positivismo jurídico, “que exprimia o culto e a suficiência da lei, a par de uma confiança ilimitada no legislador, de cuja razão não se duvidava ao elaborar a norma, expressão da vontade geral”. Versava, portanto, um conteúdo de igualdade “perante a lei”, que não vinculava o legislador, porquanto não se acreditava que através deste o arbítrio pudesse “ingressar materialmente nas leis ou produzir um conteúdo discriminatório injusto” (BONAVIDES, 2009, p. 223/224).

Este panorama, entretanto, mudaria com a passagem do Estado liberal ao Estado social, quando o mesmo princípio sofreria uma mutação hermenêutica, passando a ser compreendido como limitador da vontade do legislador, de modo a lhe impedir de “elaborar leis em que o essencialmente igual fosse tratado de modo desigual e o essencialmente desigual, de maneira igual” (BONAVIDES, 2009, p. 227).

Se o arbítrio, portanto, é a fonte da desigualdade, posto que as distinções que não se baseiem em critérios razoáveis ultrapassam a “fronteira para o território da inconstitucionalidade” (BONAVIDES, 2009, p. 228), a mobilização social será o seu antídoto, por isso que se mostra essencial ao regime democrático e ao amadurecimento da cidadania.

A luta contra o Estado clientelista, corporativo e colonizado, como sugerido por Carvalho (2007), será, portanto, a luta pela adequada estruturação do aparelho burocrático do Estado, despido de favorecimentos ou privilégios, como acentua Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 83):

⁵ Carvalho (2007, p. 227/228) aposta nas parcerias entre o Estado, as organizações não-governamentais e as associações de moradores, como mecanismos de colaboração alheios aos vícios da cidadania e ao corporativismo.

(...) sendo encarregada de gerir interesses de toda a coletividade, a Administração não tem sobre estes bens disponibilidade que lhe confira o direito de tratar desigualmente àqueles cujos interesses representa. Não sendo o interesse público algo sobre que a Administração dispõe a seu talante, mas, pelo contrário, bem de todos e de cada um, já assim consagrado pelos mandamentos legais que o erigiram à categoria de interesse desta classe, impõe-se, como consequência, o tratamento impessoal, igualitário ou isonômico que deve o Poder Público dispensar a todos os administrados.

Ana Maria Campos (1990, p. 33), por sua vez, sustenta que à medida que

(...) as organizações oficiais aumentam seu tamanho, complexidade e penetração na vida do cidadão comum, cresce também a necessidade de salvaguardar este último dos riscos da concentração de poder nas mãos dos servidores públicos, quando esses não são representantes ativos dos cidadãos.

A eliminação de favoritismos, com a adoção de sistema isonômico de acesso aos cargos, empregos e funções públicos, é, portanto, requisito essencial à estruturação da Administração Pública. Não por acaso, é o propósito de duas convenções subscritas pelo Brasil, que, focadas na erradicação das práticas de corrupção, sugerem a adoção de sistemas que assegurem a transparência, equidade e eficiência no recrutamento de funcionários públicos por parte do Estado.

Com efeito, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção da ONU), assinada em 15 de dezembro de 2003, na cidade de Mérida, no México, e promulgada por meio do Decreto n.º 5.687, de 31 de janeiro de 2006, dispõe em seu art. 7º acerca da necessidade de adoção de critérios objetivos como o mérito, a equidade e a aptidão na admissão de funcionários públicos⁶.

⁶ "1. Cada Estado Parte, quando for apropriado e de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, procurará adotar sistemas de convocação, contratação, retenção, promoção e aposentadoria de funcionários públicos e, quando proceder, de outros funcionários públicos não empossados, ou manter e fortalecer tais sistemas. Estes:

a) Estarão baseados em **princípios de eficiência e transparência e em critérios objetivos como o mérito, a equidade e a aptidão;**

b) Incluirão procedimentos adequados de seleção e formação dos titulares de cargos públicos que se considerem especialmente vulneráveis à corrupção, assim como, quando proceder, a rotação dessas pessoas em outros cargos;" (grifou-se)

Na esfera de atuação dos países-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), foi firmada a Convenção Interamericana contra a Corrupção, em 29 de março de 1996, em Caracas, Venezuela, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, da qual se extrai regra similar⁷, sugerindo a adoção de critérios em que se privilegie a transparência, equidade e eficiência nos sistemas de recrutamento de funcionários públicos.

A concretização do princípio da igualdade, através do caminho da cidadania, e a partir do comprometimento do indivíduo nas questões comunitárias, deve propugnar, no âmbito da estruturação burocrática do Estado, pela efetivação do sistema meritório de acesso ao serviço público, em que se privilegie a profissionalização dos seus quadros, evitando-se, assim, a proliferação de quaisquer núcleos de favorecimento, e, em particular, do uso da máquina pública por aqueles que fazem da Administração Pública uma extensão do domínio de sua própria família.

⁷ Artigo III - Medidas preventivas

Para os fins estabelecidos no artigo II desta Convenção, os Estados Partes convêm em considerar a aplicabilidade de medidas, em seus próprios sistemas institucionais destinadas a criar, manter e fortalecer: (...) 5. Sistemas de recrutamento de funcionários públicos e de aquisição de bens e serviços por parte do Estado de forma a assegurar sua **transparência, equidade e eficiência**. (grifou-se)

2. A CULTURA DO PATRIMONIALISMO NA SOCIEDADE BRASILEIRA

A ausência de distinção clara entre o público e o privado é um traço apontado, sob diferentes matizes, como explicação para as idéias de favorecimento, privilégio e personalismo, presentes na sociedade brasileira, que conectam a gestão pública à denominada administração patrimonialista.

A acepção do patrimonialismo decorre dos estudos de Max Weber acerca dos mecanismos que legitimam a relação de poder entre dominantes e dominados. Para ele, a dominação é a “possibilidade de impor ao comportamento de terceiros a vontade própria” (WEBER, 1999, p. 188), explicando-se pelos tipos relacionais: burocrático-legal, carismático ou tradicional, os princípios básicos em que repousa a validade das relações de autoridade.

A dominação burocrático-legal tem como premissa a existência de um estatuto que pode criar e modificar normas, desde que seu processo esteja previamente estabelecido, constituindo uma relação que se baseia no profissionalismo e na hierarquia, independentemente da pessoa que seja a dominante. A dominação carismática se caracteriza pela submissão de uma comunidade a um indivíduo em razão da devoção à pessoa do líder, ao passo que a dominação patrimonialista constitui uma vertente da legitimação tradicional e se explica pelo poder arbitrário e piedoso da autoridade, baseada na tradição, que, no sentido weberiano, consiste na crença “na inviolabilidade daquilo que foi assim desde sempre” (WEBER, 1999, p. 234).

Autores como Gilberto Freyre (2006), Sérgio Buarque de Holanda (2008), Raymundo Faoro (2008) e Roberto da Matta (1997) se ocuparam em refletir em torno dos símbolos da formação da sociedade brasileira, compondo, na visão de Sergio B. F. Tavaloro (2005), a *sociologia da herança patriarcal-patrimonial*, posto que enxergam no passado o contexto normativo e cultural que continuaria definindo na atualidade o comportamento dos atores sociais.

Assim, para Freyre (2006, p. 36), o código da família patriarcal, baseada no latifúndio, trabalho escravo e exportação, se protraí para além da unidade econômica, constituindo também um centro de poder, cujos espaços reproduzem as dissensões internas da própria sociedade, d'onde tem acentuado relevo a subordinação da vontade geral à do *pater familias*, que é quem decide o destino de seus agregados.

Sérgio Buarque de Holanda (2008, p. 146) também encontra no “tipo primitivo da família patriarcal” a explicação para o comportamento social avesso ao que denomina ritualismo, e que consiste na tendência do brasileiro em repelir as distâncias, fazendo as relações sociais tão próximas como as relações familiares. Segundo o autor,

no Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. Dentre esses círculos, foi sem dúvida o da família aquele que se exprimiu com mais força e desenvoltura em nossa sociedade. E um dos efeitos decisivos da supremacia incontestável, absorvente, do núcleo familiar – a esfera, por excelência dos chamados ‘contatos primários’, dos laços de sangue e de coração – está em que as relações que se criam na vida doméstica sempre forneceram o modelo obrigatório de qualquer composição social entre nós. Isso ocorre mesmo onde as instituições democráticas, fundadas em princípios neutros e abstratos, pretendem assentar a sociedade em normas antiparticularistas (HOLANDA, 2008, p. 146).

Holanda (2008, p. 141) divisa o conflito entre o indivíduo e o Estado ao estudar a formação da sociedade brasileira, identificando na tragédia Antígona, de Sófocles, o mesmo confronto entre as obrigações do indivíduo com os parentes e as leis impessoais do Estado, dada a impossibilidade de se extremar o público do privado, sustentando que “ninguém exprimiu com mais intensidade a oposição e mesmo a incompatibilidade fundamental entre (...) a noção abstrata, impessoal da Cidade em luta contra essa realidade concreta e tangível que é a família”.

Para ele, todavia, o Estado não pode e nem deve ser uma ampliação do círculo familiar ou de vontades particulares, dado que o Estado não nasce da família, mas,

bem ao contrário, da transgressão da ordem doméstica, quando triunfa o "geral sobre o particular, do intelectual sobre o material, do abstrato sobre o corpóreo" (HOLANDA, 2008, p.141).

Raymundo Faoro (2008, p. 35) identifica as relações entre o homem e o poder, no que denomina "mundo brasileiro", à feição patrimonialista de Portugal. No Estado patrimonial, "o soberano e o súdito não se sentem vinculados à noção de relações contratuais, que ditam limites ao príncipe e, no outro lado, asseguram o direito de resistência, se ultrapassadas as fronteiras de comando". Ao revés, o patrimonialismo opõe o soberano ao cidadão, fazendo fenecer a liberdade de iniciativa ante os favores, monopólios e concessões atribuídos pelo Estado, situação que teria se repetido por toda a história brasileira, mesmo após a independência em relação a Portugal e ainda que superado o regime monárquico.

Roberto Damatta (1997a, p. 48) vislumbra na sociedade brasileira a coexistência de códigos complementares e diferenciados que regulam as relações sociais: um deles fundado na amizade, lealdade, na pessoa e no compadrio, que o autor denomina *código da casa*; o outro baseado nas leis universais, impessoalidade, burocracia e formalismo, que compõem o *código da rua*; e o terceiro que focaliza o sentimento de religiosidade, que implica na renúncia às dores do mundo, denominado de *código do outro mundo*.

Para o autor, diferentemente da comunidade norte-americana, em que prepondera o valor do indivíduo e da igualdade, o que distingue a sociedade brasileira é a circunstância de ser relacional, isto é, a capacidade de "relacionar numa corrente comum não só pessoas, partidos e grupos, mas também tradições sociais e políticas diferentes" (DAMATTA, 1997a, p. 77) o que, em sua visão, seria suficiente para explicar desvios e variações da noção de cidadania. Desse modo, se "o indivíduo (ou cidadão) não tem nenhuma ligação com pessoa ou instituição de prestígio na sociedade, ele é tratado como um inferior. Dele, conforme diz o velho ditado brasileiro, quem toma conta são as leis" (DAMATTA, 1997a, p. 78).

A lógica do “sabe com quem está falando?” (DAMATTA, 1997b, p. 186) bem sintetiza a visão do autor, pois é o ponto culminante da preponderância da relação pessoal sobre a lei universal, que não se fundamenta na impropriedade ou ilegitimidade da lei, como argumentaria o dever cívico de qualquer cidadão, mas na escusa de sua aplicação em face de uma singularidade que particulariza quem a pronuncia, a um só tempo diferenciando-o do *código da rua* e aproximando-o do *código da casa*. Haveria, dessa forma, duas nações brasileiras em operação simultânea, uma fundada na cidadania universalista e outra nas relações tradicionais (DAMATTA, 1997a, p. 79).

As reflexões acima alinhadas parecem evidenciar que a cidadania brasileira não se constrói com o sentimento de liberdade e igualdade *a partir e em prol* dos indivíduos, eis que lhe permeia sempre um elemento externo, que condiciona a representação da vontade dos atores sociais, cuja gênese se aponta na família patriarcal, no estado patrimonialista e/ou nas situações relacionais.

A organização da Administração Pública não é alheia a este fenômeno, antes é a expressão dessa estrutura de poder que conduz a relação entre o Estado e a sociedade. Erni Seibel (1994, p. 32/33) ilustra os limites de convivência da sociedade com o que denomina estrutura de poder oligárquico-patrimonialista, elencando:

a) O caráter politicamente privatista (familista, clânico) e excludente das estruturas e práticas do poder cristalizadas no aparato institucional brasileiro; b) A inexistência de uma prática de gestão pública, ética, política e administrativamente competente para moralizar e organizar uma sociedade complexa e que se politiza; c) A não distinção das fronteiras entre o público e o privado no interior do aparato estatal, particularmente na administração pública.

Este é o sistema que engendra o modelo de funcionário patrimonial, para quem, na precisa conceituação de Holanda (2008, p. 146),

a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles se auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam

os candidatos e muito menos de acordo com suas capacidades próprias. Falta a tudo ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático.

Analisar a “anatomia da organização do Estado”, na oportuna sugestão de Fernando Roque de Lima (1996, p. 34) é imprescindível para compreender por que as intensas transformações sociais e produtivas ocorridas no Brasil não encontram ressonância em modificações políticas do mesmo jaez.

Entrementes, a percepção destes caracteres no comportamento da identidade nacional não deve induzir à existência de um determinismo no padrão de cultura, como óbice intransponível à implementação da cidadania, prestando-se, antes, a mostrar como os conceitos e modelos foram engendrados e quais os seus fundamentos.

A cidadania, calcada no conceito de solidariedade e vocacionada à ampliação da participação de todos os indivíduos na formação do interesse comum, demanda a reorganização entre o Estado e a sociedade, a fim de que tenha lugar a estruturação de um organismo público a partir de um corpo funcional que não seja movido por interesse, simpatia, favorecimento ou gratidão.

Compreender os mecanismos que norteiam a formação do serviço público brasileiro se apresenta, portanto, passo relevante para a construção do novo modelo de organização burocrática que se reclama, o qual deve ter como esteio, na relevante asserção de Roberto Damatta (1997a, p. 69), o papel social do indivíduo, modelador de uma “identidade social de caráter nivelador e igualitário”.

3. A ADMISSÃO AO SERVIÇO PÚBLICO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Ao longo da história da humanidade, a seleção dos agentes do "Estado"⁸ experimentou formas e modelos os mais diversos, como sintetiza Rita Tourinho (2008, p. 8):

(...), na Antiguidade utilizou-se *sorteio* para o preenchimento de cargos políticos, acolhido como um processo de inspiração divina. Sorteava-se um ou vários nomes de pessoas que demonstravam interesse em preencher o cargo. Já na Idade Média, ocorreu a *compra e venda* de cargos públicos de natureza administrativa, quando o Estado, na qualidade de "dono" dos cargos públicos, vendia-os àqueles interessados em ser seus empregados. Também na Idade Média foi utilizada a *sucessão hereditária* como forma de ingresso no serviço público. Desta forma, o cargo público se transmitia ao herdeiro varão, mais velho, por sucessão *causa mortis*. Ainda nessa fase, foi utilizado o *arrendamento* como forma de ingresso no serviço público. Com efeito, cargos públicos eram concedidos aos particulares mediante contraprestação pecuniária. Fala-se ainda da *nomeação* na qual a autoridade governamental discricionariamente escolhia alguém para ocupar cargo público.

Na História do Brasil, Laurentino Gomes (2007, p. 198), aludindo à vinda da família real, afirma que entre 10.000 e 15.000 portugueses atravessaram o Atlântico acompanhando D. João⁹. Com o propósito de fazer face às despesas de uma Corte tão numerosa, a distribuição de cargos, postos e honrarias entre as pessoas mais abastadas passou a consistir uma forma de financiamento dos gastos reais. Afirma o historiador:

Coube a essa nova nobreza socorrer D. João nas suas atribuições financeiras. Parte dela tornou-se acionista do Banco do Brasil. Outra assinou inúmeras "listas de subscrição voluntária", que circularam pelo Rio de Janeiro logo após a chegada da corte. Eram listas de doações, destinadas a angariar fundos para cobrir as despesas da Coroa. O historiador Jurandir Malerba calculou em cerca de 1500 o total de subscritores. (...) 'Os grandes que socorreram o rei buscavam e receberam distinção, honra, prestígio social, em forma de nobilitações, títulos, privilégios, isenções, liberdades e franquias, mas igualmente favores com retorno material como **postos na administração** e na arrematação de impostos" (GOMES, 2007, p. 198). (grifos não integram o original)

Raymundo Faoro (2008, p. 202) explica que, com o cargo público ("comissão do rei"), o seu titular se transformava em autoridade, passando a ostentar a marca de

⁸ Expressão entendida em sentido amplo.

⁹ Segundo o mesmo autor, nos Estados Unidos, a mudança da sede do governo da Filadélfia para Washington implicou a transferência de 1.000 funcionários.

nobreza, já que, "como o emprego público era, ainda no século XVI, atributo do nobre de sangue ou do cortesão criado nas dobras do manto real, o exercício do cargo infunde o acatamento aristocrático aos súditos".

Segundo o autor, conquanto, na origem, o provimento de muitas dessas funções públicas exigia que o candidato fosse "homem fidalgo, de limpo sangue" (Ordenações Filipinas, L. I, tit. I) ou de "boa linhagem" (Ordenações Filipinas, L. I, tit. II), progressivamente ganhou lugar a feição econômica, de modo que os registros de nobreza passaram a contar cada vez menos com membros da aristocracia, e cada vez mais com comerciantes burgueses.

A burguesia, nesse sistema, não subjuga e aniquila a nobreza, senão que a esta se incorpora, aderindo à sua consciência social. A íntima tensão, tecida de zombarias e desdêns, se afrouxa com o curso das gerações, no afidalgamento postivo da ascensão social. A via que atrai todas as classes e as mergulha no estamento é o cargo público, instrumento de amálgama e controle das conquistas por parte do soberano (FAORO, 2008, p. 203).

Os funcionários da grande burocracia portuguesa que se deslocaram para o Brasil eram portadores, de acordo com Pedro Lincon Mattos (1994), de uma cultura e de instituições enraizadas na tradição patrimonialista, que decorria do sistema centralizado e detalhista vigente na metrópole, o que fazia do cargo público uma espécie de "título de propriedade", concedido como recompensa pela lealdade ou por alguma ligação pessoal. Aduz o autor que,

como decorrência da mesma concepção, os servidores públicos, principalmente aqueles em posições de chefia, se sentiam, por seu lado, na posse do patrimônio e recursos do Estado e dispunham dele em seu proveito ou de outros como favores pessoais (prebendalismo). Este é também o berço do patronato e do clientelismo exercidos pelos políticos, que, no Brasil, sempre foram associados do poder administrativo. Por seu lado, a burocracia brasileira, talvez pelas próprias práticas patrimonialistas, tem-se credenciado e exercer, a seu modo, uma função de intermediação política (MATTOS, 1994. p. 73).

Percebe-se, assim, que o sistema de mérito nem sempre permeou a formação dos quadros públicos brasileiros, já que enfrentou a tenaz resistência das relações patrimonialistas. Esta situação tem reflexos diretos no ordenamento jurídico positivo e pode ser percebida nos textos constitucionais.

A seguir, serão observadas as normas lançadas nas pretéritas constituições brasileiras no que respeita à admissão aos quadros públicos, fazendo-se a remissão, quando relevante, aos diplomas infra-constitucionais que modelaram a tentativa de implantação do sistema de mérito. Em seqüência, serão analisados os dispositivos pertinentes à Constituição Federal em vigor, contemplando a Emenda Constitucional nº 19/98, bem assim a sua repercussão prática na organização burocrática da Administração Pública.

3.1 Da Constituição do Império à Constituição de 1937

A Constituição de 1824 dispunha em seu art. 179, inc. XIV, que "todo cidadão pode ser admitido aos cargos públicos civis, políticos ou militares, sem outra diferença que não seja a de seus talentos e virtudes", determinando o inc. XVI que "ficam abolidos todos os Privilegios, que não forem essencial, e inteiramente ligados aos Cargos, por utilidade publica".

Conquanto suscitado o critério de mérito como única diferenciação possível para efeito de admissão ao cargo público, a norma não estabelecia a obrigatoriedade de realização de processo seletivo¹⁰, demonstrando, bem ao revés, a existência de privilégios cuja proscrição era erigida como mandamento constitucional.

De modo semelhante procedia a Constituição de 1891, que, em seu art. 73, asseverava que "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", determinando o art. 79, por seu turno, que "o cidadão investido em funções de qualquer dos três Poderes federais não poderá exercer as de outro".

¹⁰ Dispunha o art. 102 como atribuições do Imperador, dentre outras: "III Nomear Magistrados; IV. Prover os mais Empregos Civis, e Políticos; V. Nomear os Commandantes da Força de Terra, e Mar, e removellos, quando assim o pedir o Serviço da Nação; VI. Nomear Embaixadores, e mais Agentes Diplomaticos, e Commerciaes".

Em comum aos dois primeiros diplomas constitucionais a precária regulamentação da matéria administrativa, o que bem expressa a incipiência, até então, do Direito Administrativo, cuja ascensão somente seria notada a partir da Carta de 1934, quando a estruturação burocrática do aparelho do Estado ganhou relevo, como bem caracteriza Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 21), ao afirmar:

A partir da Constituição de 1934, o Direito Administrativo experimentou grande evolução, em decorrência da própria previsão constitucional de extensão da atividade do Estado nos âmbitos social e econômico. Instituiu-se, inclusive, um Tribunal de Direito Administrativo na esfera federal. Ao contrário da Constituição de 1891, de feição nitidamente liberal e individualista, a de 1934, que se seguiu ao movimento revolucionário de 1930, assume caráter socializante, marcado pela intervenção crescente na ordem social. O Estado deixa a sua posição de guardião da ordem pública e passa a atuar no campo da saúde, higiene, educação, economia, assistência e previdência social.

Como conseqüência, cresce a máquina estatal, pela criação de novas pessoas jurídicas públicas, quer as de capacidade específica para execução de serviços públicos (autarquias), quer as de capacidade genérica (territórios); paralelamente, aumenta o quadro de funcionários públicos necessários para o atendimento das novas tarefas assumidas pelo Estado.

Seria a Constituição de 1934, com efeito, a responsável por implementar importantes inovações no que respeita à profissionalização do serviço público, ao dispor acerca dos “funcionários públicos” em título específico (título VII), de onde é possível extrair:

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.

Art 169 - Os funcionários públicos, depois de dois anos, **quando nomeados em virtude de concurso de provas**, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será assegurada plena defesa. (grifou-se)

Parágrafo único - Os funcionários que contarem menos de dez anos de serviço efetivo não poderão ser destituídos dos seus cargos, senão por justa causa ou motivo de interesse público.

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

§1º) o quadro dos funcionários públicos compreenderá todos os que exerçam cargos públicos, seja qual for a forma do pagamento;

§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**; (grifou-se) (...)

Art 172 - É vedada a acumulação de cargos públicos remunerados da União, dos Estados e dos Municípios.

§ 1º - Excetua-se os cargos do magistério e técnico-científicos, que poderão ser exercidos cumulativamente, ainda que por funcionário administrativo, desde que haja compatibilidade dos horários de serviço.

§ 2º - As pensões de montepio e as vantagens, da inatividade só poderão ser acumuladas, se reunidas, não excederem o máximo fixado por lei, ou se resultarem de cargos legalmente acumuláveis.

§ 3º - É facultado o exercício cumulativo e remunerado de **comissão temporária** ou de **confiança**, decorrente do próprio cargo¹¹.

O art. 168 reproduziu, em essência, a regra isonômica prevista nos diplomas anteriores. Com o art. 170, “§2º”, todavia, adotou-se processo de seleção para o provimento de cargos públicos, enunciado como regra geral de admissibilidade na **primeira investidura nos postos de carreira**.

Os postos de carreira devem ser entendidos por oposição aos cargos isolados, conceito, aliás, incorporado ao art. 4º do Decreto-lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939 (primeiro estatuto dos funcionários públicos civis da União), cujo parágrafo único dispunha serem de carreira “os que se integram em classes e correspondem a uma profissão; isolados, os que não se podem integrar em classes e correspondem a certa e determinada função”.

Segundo Homero Freire (1954), a dicotomia entre os cargos isolados e os de carreira explicava-se pelo agigantamento das funções do Estado, então permeado pela variedade e especialidade das tarefas a realizar. Para ele,

da extensão e complexidade do serviço resulta que os cargos de carreira são a regra. Só quando a tarefa a realizar pertence a um único funcionário, ou melhor, pode ser realizada por um só servidor, há falar em cargo isolado. (FREIRE, 1954, p. 485)

O texto constitucional cuidou de definir algumas carreiras cujo acesso dependeria exclusivamente do concurso público, como a dos membros do Ministério

¹¹Importa observar que, ao tratar das vedações ao acúmulo de cargos, tenha a Constituição estabelecido como faculdade o "exercício cumulativo e remunerado de comissão temporária ou de confiança, decorrente do próprio cargo" (art. 173, § 3º), dando a entender que tanto a *comissão* quanto a *confiança* representariam acréscimos acumuláveis ao próprio cargo, diferenciação que mudaria sensivelmente com a Constituição de 1988.

Público Federal com exercício nos juízos comuns (art. 95, § 3º)¹² e os cargos do magistério oficial, que estavam atrelados à aprovação em concurso de títulos e provas (art. 158)¹³.

Aquela carta já fazia referência, por outro lado, ao cargo público demissível *ad nutum*, ao tratar da nomeação do Chefe do Ministério Público Federal pelo Presidente da República (art. 95, §1º)¹⁴, bem assim ao vedar a ocupação pelos deputados de cargos públicos desta categoria (art. 33, § 1º, “2”)¹⁵.

Nada obstante, manteve a Constituição a possibilidade de admissão de servidores sem concurso público, reconhecendo-lhes o direito à estabilidade se em exercício há mais de dez anos ou, aos que contassem com prazo inferior a este, a restrição da demissão apenas aos motivos de justa causa ou interesse público.

Ao lado das regras, pois, e infirmando-as, caminhariam as exceções, fenômeno que se repetiria ainda muitas vezes no hibridismo que iria nortear a estruturação do

¹² Art 95 - O Ministério Público será organizado na União, no Distrito Federal e nos Territórios por lei federal, e, nos Estados, pelas leis locais.

(...)

§ 3º - Os membros do Ministério Público Federal que sirvam nos Juízos comuns, serão nomeados mediante concurso e só perderão os cargos, nos termos da lei, por sentença judiciária, ou processo administrativo, no qual lhes será assegurada ampla defesa.

¹³ Art 158 - É vedada a dispensa do concurso de títulos e provas no provimento dos cargos do magistério oficial, bem como, em qualquer curso, a de provas escolares de habilitação, determinadas em lei ou regulamento.

§ 1º - Podem, todavia, ser contratados, por tempo certo, professores de nomeada, nacionais ou estrangeiros.

§ 2º - Aos professores nomeados por concurso para os institutos oficiais cabem as garantias de vitaliciedade e de inamovibilidade nos cargos, sem prejuízo do disposto no Título VII. Em casos de extinção da cadeira, será o professor aproveitado na regência de outra, em que se mostre habilitado.

¹⁴ Art 95 – (...)

§ 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*.

¹⁵ Art 33 - Nenhum Deputado, desde a expedição do diploma, poderá:

(...)

2) aceitar ou exercer cargo, comissão ou emprego público remunerados, salvas as exceções previstas neste artigo e no art. 62.

§ 1º - Desde que seja empossado, nenhum Deputado poderá:

1) ser diretor, proprietário ou sócio de empresa beneficiada com privilégio, isenção ou favor, em virtude de contrato com a Administração Pública;

2) ocupar cargo público, de que seja demissível *ad nutum* ;

serviço público brasileiro. As disposições transitórias passariam a ser, por outro lado, o *locus* eleito a disciplinar o ingresso excepcional no serviço público, como se vê do art. 14 do diploma em referência¹⁶.

A Constituição de 1937 deslocou para o título dos direitos e garantias individuais (art. 122, §3º) a igualdade de acesso dos brasileiros aos cargos públicos, “observadas as condições de capacidade prescritas nas leis e regulamentos”, mantendo, por outro lado, a exigência de concurso de provas ou de títulos destinado à primeira investidura nos cargos de carreira (art. 156, “b”)¹⁷.

A estabilidade, nos termos do art. 156, “c”, estava assegurada aos: “funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em todos os casos, depois de dez anos de exercício”, os quais somente poderiam ser exonerados “em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, em que sejam ouvidos e possam defender-se”.

O texto de 1937 teve singular importância no sentido da burocratização do serviço público, em razão da introdução do art. 67, que prescreveu a criação de um Departamento Administrativo vinculado ao Presidente da República, a saber:

Art 67 - Haverá junto à Presidência da República, organizado por decreto do Presidente, um Departamento Administrativo com as seguintes atribuições:

- a) o estudo pormenorizado das repartições, departamentos e estabelecimentos públicos, com o fim de determinar, do ponto de vista da economia e eficiência, as modificações a serem feitas na organização dos serviços públicos, sua distribuição e agrupamento, dotações orçamentárias, condições e processos de trabalho, relações de uns com os outros e com o público;
- b) organizar anualmente, de acordo com as instruções do Presidente da República, a proposta orçamentária a ser enviada por este à Câmara dos Deputados;

¹⁶Art. 14. Na organização da Secretaria do Senado Federal serão obrigatoriamente aproveitados os funcionários da sua antiga Secretaria.

¹⁷ Art 156 - O Poder Legislativo organizará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo aos seguintes preceitos desde já em vigor:

(...)

b) a primeira investidura nos cargos de carreira far-se-á mediante concurso de provas ou de títulos;

c) fiscalizar, por delegação do Presidente da República e na conformidade das suas instruções, a execução orçamentária.

Deveras, com o Decreto-Lei nº 579, de 30 de julho de 1938, criou-se o Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP, implementando-se a tentativa de modernização do aparelho estatal. Para Edison Bariani (s/d, p. 05), caberia ao DASP a “desobstrução das artérias políticas, intoxicadas pelo emaranhado de interesses localizados que obstaculizava o fluxo da racionalidade administrativa”.

De acordo com Beatriz Wahrlich (1974, p. 29), a reforma das décadas de 30 e 40

adotava como modelo o prescrito na teoria administrativa então em voga nos países mais desenvolvidos. Era em suma, uma ‘reforma modernizadora’, inspirada nas melhores fontes disponíveis à época, ou seja, num modelo tylorista/fayoliano/weberiano.

Entretanto, conforme Pedro Lincon Mattos (1994), apesar dos avanços obtidos, o DASP acabaria absorvido por sua própria política regulamentadora, centrando-se no exame de casos isolados e obrigando-se muitas vezes, por pressões políticas, a admitir como fatos consumados as contratações irregulares de pessoal. Consoante aduz:

Uma segunda amálgama com a tendência patrimonial começou então a acontecer. O Dasp aceitou o formalismo, desconheceu as admissões que, de fato, ocorriam sob o disfarce de emprego temporário (oficialmente não pertencente aos quadros do serviço público) e encontrou caminhos legais de ‘regularizar’ admissões anteriores e irregulares (MATTOS, 1994, p. 74).

Para Wahrlich (1974, p. 68), o insucesso da reforma daspeana¹⁸ deu-se por entropia, por se tratar de um sistema fechado, focado na obediência inflexível a critérios gerais e uniformes incapazes de lidar com a influência de fatores de comportamento da organização administrativa.

¹⁸ Wahrlich, ao analisar o retrospecto das reformas administrativas brasileiras, estabelece interessante distinção entre *reforma* e *modernização*, para considerar que a primeira, identificada como sistema fechado, e centrada na racionalização dos meios, tende a desconsiderar a influência de fatores de comportamento da organização administrativa. Já a segunda – sistema aberto, pressupõe um processo de mudança social transformadora cuja implementação é condicionada por fatores internos e externos, cujas variáveis devem ser observadas e corrigidas. Neste sentido, a reforma intentada pelo DASP não passaria de uma reorganização administrativa, não chegando a caracterizar-se como modernização. (WAHRLICH, 1954, p. 68/69).

3.2 Da Constituição de 1946 à Emenda Constitucional nº 01 de 1969

A Constituição de 1946 manteve a exigência de concurso público para a “primeira investidura em cargo de carreira” e em outros que a lei assim determinasse, ao que agregou a necessidade de submissão do candidato a “inspeção de saúde prévia” (art. 186).

Acerca da estabilidade, disciplinou o art. 188:

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 demissão.

Como se vê, a possibilidade de admissão sem concurso alargou-se, eis que reduzido a cinco anos o prazo necessário à obtenção da estabilidade. O parágrafo único, por sua vez, excepcionou da aplicação da regra “os cargos de confiança” e aos declarados em lei de “livre nomeação e demissão”.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1946, reproduzindo o modelo da Constituição de 34, determinou a admissão aos quadros públicos dos “funcionários interinos” e dos “extra-numerários”, assim prescrevendo:

Art 23 - Os atuais **funcionários interinos** da União, dos Estados e Municípios, que contem, pelo menos, cinco anos de exercício, **serão automaticamente efetivados na data da promulgação deste Ato**; e os atuais **extra numerários** que exerçam função de caráter permanente há mais de cinco anos ou em virtude de concurso ou prova de habilitação serão equiparados aos funcionários, para efeito de estabilidade, aposentadoria, licença, disponibilidade e férias.

Parágrafo único - O disposto neste artigo não se aplica:

I - aos que exerçam interinamente cargos vitalícios como tais considerados na Constituição;

II - aos que exerçam cargos para cujo provimento se tenha aberto concurso, com inscrições encerradas na data da promulgação deste Ato;

III - aos que tenham sido inabilitados em concurso para o cargo exercido.

(...)

Art 26 - A Mesa da Assembléia Constituinte expedirá títulos de nomeação efetiva aos funcionários interinos das Secretarias do Senado Federal e da

Câmara dos Deputados, ocupantes de cargos vagos, que até 3 de setembro de 1946 prestaram serviços durante os trabalhos da elaboração da Constituição.

Parágrafo único - Nos cargos iniciais, que vierem a vagar, serão aproveitados os interinos em exercício até a mesma data, não beneficiados por este artigo.

Os interinos constituíam os funcionários admitidos a título provisório, enquanto não se realizavam os concursos respectivos¹⁹. Os extranumerários, conforme Raquel Dias da Silveira (2009, p. 32), compunham a categoria criada pela Lei nº 284, de 28 de outubro de 1936, dos que eram recrutados mediante contrato levado a

registro no Tribunal de Contas, paralela à dos funcionários públicos efetivos, a fim de desempenhar função reconhecidamente especializada, para a qual não houvesse nos quadros da Administração pessoa devidamente habilitada.

Outrossim, apesar da efetivação promovida pelo art. 23 da Constituição de 1946, a Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União), continuou prevendo a nomeação de novos **interinos** (art. 12, IV), facultando sua ocorrência em três situações distintas, quais sejam: a) para a substituição de ocupante efetivo de cargo isolado, no caso de impedimento deste; b) na vaga deixada pelo ocupante efetivo do cargo isolado; c) em cargo vago de classe inicial de carreira, para o qual não houvesse candidato legalmente habilitado.

O Decreto-Lei nº 5.175, de 07 de janeiro de 1945, por seu turno, manteve a possibilidade de contratação de extranumerários (art. 1º) "sempre admitidos a título precário para função determinada e salário fixo" (art. 2º), sob uma das seguintes modalidades: contratado, mensalista, diarista e tarefeiro.

¹⁹ O art. 14 do Decreto-Lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939 dispunha em seu art. 14, acerca das nomeações:

Art. 14. As nomeações serão feitas:

I. Para estágio probatório, quando se tratar de cargo público de provimento efetivo, isolado ou de carreira, e ainda que preenchido por concurso;

II. Em comissão, quando se tratar de cargo isolado que, em virtude de lei, assim deva ser provido;

III. **Interinamente:**

a) no impedimento do ocupante efetivo de cargo isolado;

b) em cargo vago de classe inicial de carreira para o qual não haja candidato legalmente habilitado. (grifos não integram o original)

A Lei Fundamental de 1967, em seu art. 60, inc. II, ao tratar da iniciativa legislativa do Presidente da República, referiu-se, expressamente, à criação de "cargos, funções ou empregos públicos", sem diferenciá-los com exatidão. Consignou, ainda, nos arts. 95 e 99:

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**, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração.

(...)

Art 99 - São estáveis, após dois anos, os funcionários, quando nomeados por concurso.

§ 1º - Ninguém pode ser efetivado ou adquirir estabilidade, como funcionário, se não prestar concurso público.

Foi eliminada a remissão à "primeira investidura" e aos "cargos de carreira", que constavam do diploma anterior. Generalizou-se a necessidade de admissão por concurso, eis que vedada a possibilidade de efetivação ou estabilização de funcionários à margem de seleção pública, que constituía a larga abertura das constituições pretéritas.

As exceções à admissão por concurso público passariam a ser representadas pelos "cargos em comissão" - os quais não continham qualquer restrição, senão a criação por lei com os atributos de livre nomeação e exoneração, e às hipóteses do art. 104, que determinava a aplicação da legislação trabalhista aos "servidores admitidos temporariamente para obras, ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada".

A Constituição de 1967, ao menos sob o ponto de vista formal, progrediu no que respeita à implantação do sistema de mérito. Todavia, uma vez mais, caberiam às disposições gerais e transitórias (§2º do art. 177) abrigar a incorporação de todos os servidores da União, dos Estados e dos Municípios, da Administração centralizada ou autárquica, que, à data da promulgação da Constituição contasse, **pelo menos, cinco anos de serviço público.**

Em 25 de fevereiro de 1967, ainda durante a *vacatio*²⁰ da Constituição de 1967, e com base no art. 9º, § 2º, do Ato Institucional²¹ nº 4, de 7 de dezembro de 1966, foi editado o Decreto-Lei nº 200, dispondo sobre a organização da Administração Federal das diretrizes para a Reforma Administrativa²², cujo título XI contemplou disposições específicas acerca do pessoal civil.

O Decreto-Lei nº 200/67 expressamente aludiu ao sistema de mérito na admissão de servidores públicos (art. 94, inc. III), bem como à racionalização administrativa, com a fixação de contingente de pessoal apenas efetivamente necessário ao serviço (inc. XI)²³.

Pedro Lincon Mattos (1994, p. 72) afirma tratar-se da implantação de um modelo de serviço tipicamente weberiano, i.e: “profissional, treinado, publicamente selecionado, pago de acordo com critérios objetivos, com boa perspectiva de carreira e julgado por padrões disciplinares e éticos. Em uma palavra, uma 'burocracia racional”.

²⁰ Embora decretada em 24/01/67, sua vigência foi protraída para 15 de março de 1967.

²¹ Art 9º - O Presidente da República, na forma do art. 30 do Ato institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, poderá baixar Atos Complementares, bem como decretos-leis sobre matéria de segurança nacional até 15 de março de 1967.

§ 1º - Durante o período de convocação extraordinária, o Presidente da República também poderá baixar decretos-leis sobre matéria financeira.

§ 2º - Finda a convocação extraordinária e até a reunião ordinária do Congresso Nacional, o Presidente da República poderá expedir decretos com força de lei sobre matéria administrativa e financeira.

²² O art. 214 do Decreto-Lei nº 200/67 fez coincidir a sua entrada em vigor com a da Constituição, “ressalvadas as disposições cuja vigência, na data da publicação, seja por ela expressamente determinada”. De acordo com Beatriz Wahrlich, o Presidente Castello Branco preferiu introduzir a reforma administrativa por decreto-lei, em lugar de submetê-la ao Congresso, a fim de não correr o risco de que o projeto fosse desfigurado, haja vista que as tentativas reformistas anteriores não foram exitosas, considerando, ademais, que os debates e divergências ocorridos na própria Administração, durante a sua elaboração “não fariam pressupor o seu trânsito tranqüilo e pacífico no Congresso”. (WAHRLICH, p. 45)

²³ Art. 94. O Poder Executivo promoverá a revisão da legislação e das normas regulamentares relativas ao pessoal do Serviço Público Civil, com o objetivo de ajustá-las aos seguintes princípios: (...)

III - Profissionalização e aperfeiçoamento do servidor público; fortalecimento do Sistema do Mérito para ingresso na função pública, acesso a função superior e escolha do ocupante de funções de direção e assessoramento.

(...)

XI - Instituição, pelo Poder Executivo, de reconhecimento do mérito aos servidores que contribuam com sugestões, planos e projetos não elaborados em decorrência do exercício de suas funções e dos quais possam resultar aumento de produtividade e redução dos custos operacionais da administração.

O art. 212, outrossim, foi responsável pela transformação do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP) em Departamento Administrativo do Pessoal Civil, mantida a mesma sigla.

A fim de combater a profusão de interinos, o art. 102 determinou a proibição da nomeação de servidores a este título. Entretanto, o art. 96 aludiu à possibilidade de contratação de especialistas para atender às exigências de trabalho técnico em institutos, órgãos de pesquisa e outras entidades especializadas da Administração Direta ou autarquias, cuidando o art. 97 da contratação temporária, sob regime celetista, de consultores técnicos e especialistas. O art. 111 previu a contratação de colaboradores eventuais, sem vínculo empregatício, sob a forma de prestação de serviços, retribuída mediante recibo²⁴.

Acerca dos cargos em comissão, dispunha o art. 101:

Art. 101. Ressalvados os cargos em comissão definidos em ato do Poder Executivo como de livre escolha do Presidente da República, o provimento em cargos em comissão e funções gratificadas obedecerá a critérios que considerem, entre outros requisitos, os seguintes:

I - **Pertencer o funcionário aos quadros de servidores efetivos**, ocupando cargo de nível adequado e cujas atribuições guardem relação com as da comissão ou função gratificada.

II - Comprovação de que o **funcionário possui experiência adequada e curso de especialização apropriado ao desempenho dos encargos da comissão**, considerando-se satisfeito o requisito se o funcionário se submeter a processo de aperfeiçoamento, nas condições e ocasião em que fôr estipulado.

III - Obrigar-se o funcionário, quando se caracterizar o interesse da Administração, ao regime de tempo integral e dedicação exclusiva.

§ 1º Em consequência do disposto no inciso III deste artigo, os funcionários que atenderem às condições estipuladas ficam sujeitos ao regime de 40 (quarenta) horas semanais de trabalho e perceberão gratificação pelo regime de tempo integral e dedicação exclusiva.

§ 2º É inerente ao exercício dos cargos em comissão e funções gratificadas diligenciar seu ocupante no sentido de que se aumente a produtividade, se reduzam os custos e se dinamizem os serviços. (grifou-se)

²⁴ Os funcionários contratados a este título também eram conhecidos como "recibados". Analisando o provimento de pessoal do Ministério da Educação, no período de 1960 a 1985, Pedro Lincon Mattos (1994, p. 79) noticia que a contratação de colaboradores eventuais foi a "grande saída para os procedimentos de provimento 'autônomo de pessoal', multiplicados aos milhares no MEC".

Este dispositivo, entretanto, teria vida breve, pois logo cederia lugar à previsão contida no Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, que lhe deu nova redação, modificando completamente o seu conteúdo, ao assinalar:

Art. 101. O provimento em cargos em comissão e funções gratificadas obedecerá a critérios a serem fixados por ato do Poder Executivo que:

- a) definirá os cargos em comissão de livre escolha do Presidente da República;
- b) estabelecerá os processos de recrutamento com base no Sistema do Mérito; e
- c) fixará as demais condições necessárias ao seu exercício.

Como se vê, conquanto a Constituição de 1967 e o Decreto-Lei nº 200/67 espelhassem um sistema normativo voltado para a racionalização administrativa e para a implementação definitiva do sistema de mérito, com inegável prestígio ao concurso público, as exceções postas na regulamentação infra-constitucional, como a contratação de especialistas, temporários e recibados, bem assim a singular modificação no acesso aos cargos em comissão, promovido pelo Decreto-Lei nº 900/69 ao modificar a redação do art. 101, conformariam os escapes necessários à subversão da regra.

As exceções contidas na lei, tornadas freqüentes e regulares, demonstrariam a presença marcante do patrimonialismo na herança da cultura brasileira, cuja exacerbação já se anunciava com a premente edição da Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969, considerada como verdadeira Constituição, em razão do grau e da natureza de suas intervenções.

A Constituição de 1969, de fato, significou autêntico retrocesso, uma vez que a regra do concurso voltou a vincular-se à primeira investidura do cargo público (art. 97, §1º), acolhendo-se, ainda, a possibilidade de ser excepcionado com base em previsão legal, *verbis*:

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 e títulos, salvo os casos indicados em lei.

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

§ 3º Nenhum concurso terá validade por prazo maior de quatro anos contado da homologação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 8, de 1977)

Márcio Cammarosano (1991) destaca, com base neste dispositivo, que uma das formas de ladear a determinação do texto constitucional consistiu em tomar a acepção de cargo público em seu sentido restrito, de modo a entender-se que a investidura em “empregos públicos” ou em função não se sujeitaria à exigência do concurso. Segundo ele,

o que se seguiu, todos sabemos: em todas as esferas de governo, o que devia ser a regra – criação de cargos públicos de provimento em caráter efetivo, mediante lei, para atendimento das necessidades permanentes da administração, providos mediante concurso público – transformou-se em exceção. Proliferaram empregos e funções, providos, quase sempre, mediante livre admissão de pessoal, ou procedimentos seletivos não equiparáveis a concurso público. E esses servidores, conseqüentemente, ficaram privados de direitos como o da estabilidade (art. 100 da CF de 1969), e submetidos a regime especial, quando não simplesmente ao da Consolidação das Leis do Trabalho (Cammarosano, 1991, p. 173).

Além disso, segundo o autor, a retomada da expressão “primeira investidura”, deu margem a que se admitisse o provimento derivado, pelo qual, uma vez satisfeito o requisito da admissão por concurso público no cargo originário, o seu ocupante poderia galgar outros postos sem a necessidade de submeter-se a nova seleção²⁵ (CAMMAROSANO, 1991, p. 173).

²⁵ Não se há de confundir esta forma ilegal de provimento de cargos públicos com a ascensão funcional aos cargos de carreira, em que o acesso às classes intermediária ou final se dá mediante promoção, normalmente observando-se os critérios de merecimento e antiguidade. Somente neste sentido alguns autores admitem a expressão “concurso interno”, como Márcio Cammarosano (1991, p. 176) e Ivan Barbosa Rigolin (1989, p. 141).

De acordo com a Súmula 685 do STF, aprovada em 24/09/2003 e publicada em 10/10/2003, “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.” Acerca do tema, confira-se, ainda, a decisão do STF no RE 461.792-AgR, assim ementada: “Servidor público. Cargos públicos. Mesma carreira. Promoção. Constitucionalidade. A investidura de servidor público efetivo em outro cargo depende de concurso público, nos termos do disposto no artigo 37, II, da CF/88, ressalvada a hipótese de promoção na mesma carreira. Precedentes” (Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24-6-08, DJE de 15-8-08).

A vedação existente no diploma constitucional anterior no que respeita à efetivação ou concessão de estabilidade a funcionário que não houvesse prestado concurso público foi abolida, mantendo-se a nomeação para cargos em comissão (art. 97, §2º), bem assim a possibilidade de contratação de servidores em “caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial” (art. 106).

Segundo Cammarosano (1991, p. 187), a precariedade do vínculo passou a ser o denominador comum entre os servidores, posto que

A experiência demonstra que essa precariedade do vínculo entre a administração e seus servidores sempre fascinou muitos agentes políticos, porque era vista como propiciadora, de um lado, da livre admissão de pessoal, e de outro, da possibilidade de dispensa dos que se revelassem “inconvenientes” ou maus servidores, sem maiores formalidades ou justificações.

Assim é que na administração pública usou-se e abusou-se da faculdade de admissão de pessoal sob regime especial ou da CLT. Chegou-se mesmo, a pretexto de disciplinar admissões de pessoal para serviços de caráter temporário – permitido pelo art. 106 da Constituição de 1969 -, prever e levar a efeito admissão de pessoal em caráter temporário ou a título precário para exercer funções de natureza permanente, o que só era admissível se se tratasse de funções de natureza especializada, consoante a redação do dispositivo constitucional referido.

Sob o ponto de vista do sistema jurídico positivo, pois, a existência de exceções à regras, desprovidas de qualquer delimitação objetiva quanto ao seu manejo, fizeram com que se perpetuassem como legais as diversas formas de provimento dos cargos públicos, desnaturando as sucessivas tentativas reformistas, que, inutilmente, continuariam propugnando pela implementação do sistema de mérito.

Na prática, colonizado o Estado por interesses particulares, seriam sempre privilegiadas as formas que fizessem perpetuar o patrimonialismo, arraigado na estrutura de poder expressa na organização da máquina administrativa, cujo combate ainda consumiria outras tentativas de reforma, a partir do novo sistema constitucional que se inaugurava com a redemocratização do país.

3.3 A Constituição de 1988

3.3.1 A ACEPÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS. DELIMITAÇÃO NECESSÁRIA

A Constituição de 1988 dedicou diversos dispositivos à estruturação da Administração Pública, notadamente no que respeita ao tema do servidor público, observando Ivan Barbosa Rigolin (1989, p. 70) “um cuidado extraordinariamente minucioso, vista a Carta anterior, (...) para com a nova ordem instituída”.

Com efeito, a redação originária da Constituição, aprovada pela Assembléia Constituinte, destinou à Administração Pública um capítulo específico (Capítulo VII), no qual foram consagrados os vetores primordiais da atuação administrativa, fulcrada na observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (art. 37), cuidando de disciplinar em seções específicas as disposições concernentes aos “SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS” (Seção II) e aos “SERVIDORES PÚBLICOS MILITARES” (Seção III)²⁶.

Conforme clássica conceituação doutrinária, os *servidores públicos*, ao lado dos *agentes políticos* e dos *particulares em colaboração com o Poder Público*, são espécies do gênero *agentes públicos*, cuja noção abrange as pessoas naturais que desempenham uma função pública, seja esta definitiva ou transitória, política ou jurídica.

É preciso, neste ponto, estremar as três categorias citadas, a fim de diferenciar aqueles que se conceituam como servidores públicos, favorecendo, assim, a delimitação das disposições presentes na constituição que informam o sistema de acesso aos cargos, empregos e funções públicos, objeto deste trabalho.

²⁶A Emenda nº 18, de 05 de fevereiro de 1998, renomeou as Seções II e III para “DOS SERVIDORES PÚBLICOS” e “DOS MILITARES DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS”, respectivamente.

No que respeita aos *agentes políticos*, há uma dissensão doutrinária polarizada entre Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 246), que a este título reconhece os “titulares de cargos estruturais à organização política do país, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do estado, o esquema fundamental do Poder” e a percepção mais ampla de Hely Lopes Meirelles (2009, p. 77), que assim considera “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”.

Consoante a primeira visão, os agentes políticos congregam apenas “o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivos, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores” (MELLO, 2009, p. 247), ao passo que, para Hely Lopes Meirelles (2009, p. 79), este rol incluiria ainda os Magistrados, os membros do Ministério Público e dos Tribunais de Contas.

Para José Maria Pinheiro Madeira (2003, p.14), o critério que deve presidir a distinção dos agentes políticos é a associação inarredável destes às idéias de governo e função política, o que não se coaduna, a seu juízo, com a atividade do Judiciário, do Ministério Público, tampouco do Tribunal de Contas. Ivan Barbosa Rigolin é mais incisivo ao criticar a inclusão dos membros do Poder Judiciário na classificação de agentes políticos, ao argumentar:

quanto à afirmação de Hely incluindo os membros do Poder Judiciário, sem ressalva, entre os agentes políticos, divergimos diametralmente, pois não vemos como se possa ter que um Juiz é agente político, se ingressa na carreira por concurso público, rege-se pelo Estatuto dos Funcionários e por Lei Orgânica da Magistratura e se aposenta com funcionário, não se conhecendo concurso público de provas e títulos para acesso a mandato político (RIGOLIN, 1989, p. 104).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 512), todavia, assinala a tendência em se considerar os membros da Magistratura e do Ministério Público como agentes políticos mas num sentido bem singular e específico, quando considera que os juízes exercem

uma parcela da soberania do Estado e que os membros do Ministério Público desempenham uma relevante função constitucional de controle.

A caracterização dos *particulares em colaboração com o Poder Público* é menos conflitiva, sendo possível conceituá-los como as “pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração” (DI PIETRO, 2009, p. 516), categoria na qual se reconhecem os empregados das concessionárias e permissionárias de serviços públicos, os jurados, os mesários convocados para as eleições, entre outros.

Por *servidores públicos*, em consonância com a conceituação ampla que lhes empresta Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 513), finalmente, não de ser entendidas “as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos²⁷”.

Na visão da conceituada administrativista, os servidores públicos, por sua vez, constituem gênero de que são espécies²⁸: a) os servidores estatutários – que congrega os ocupantes de cargos públicos, sujeitos ao regime administrativo; b) os empregados públicos – compreendendo os ocupantes de emprego público e vinculados ao regime da legislação trabalhista; e c) os servidores temporários – exercentes de função pública, admitidos por tempo determinado, a fim de atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (DI PIETRO, 2009, p. 513).

Para os limites deste trabalho, dentre as espécies de agentes públicos, interessam as disposições constitucionais concernentes aos servidores públicos, e,

²⁷Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 230) prefere a expressão *servidores estatais*, a fim de distinguir, entre estes, os servidores públicos propriamente ditos e os demais servidores das pessoas governamentais de direito privado (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de direito privado).

²⁸Di Pietro (2009, p. 515) considera os militares como categoria apartada dos servidores públicos, em função da modificação empreendida pela Emenda Constitucional nº18/98, que renomeou as Seções II e III para “DOS SERVIDORES PÚBLICOS” e “DOS MILITARES DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS”, respectivamente.

mais precisamente, os requisitos que regulam a sua admissão à organização administrativa.

Precederá o detalhamento mais apropriado dos conceitos legais acerca dos cargos, empregos e funções públicos a necessidade de informar os princípios que nortearam a organização administrativa na Constituição de 1988, bem como a reforma que lhe sucedeu com a Emenda Constitucional nº 19/98, o que se fará a seguir.

3.3.2 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO SISTEMA CONSTITUCIONAL

O art. 37, caput, da Carta Magna, cuidou de introduzir no ordenamento constitucional positivo os princípios vetores da organização administrativa já citados, quais sejam: a legalidade, impessoalidade, moralidade e a publicidade, assim dispendo:

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade** e, também, ao seguinte:

Traduz-se o princípio da legalidade, na visão de Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 100), em vetor capital para a configuração do regime jurídico-administrativo, porquanto consubstancia a submissão do Estado à lei, através do que se consagra a idéia de que a “Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares á lei”.

O *princípio da impessoalidade* consiste, segundo a observação do mesmo autor, no desdobramento do princípio geral da igualdade entabulado no art. 5º, significando para a Administração o dever de “tratar todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas” (MELLO, 2009, p. 114). Para Caio Tácito, o princípio da impessoalidade “repele atos discriminatórios que importam favorecimento ou desapeço

a membros da sociedade em detrimento da finalidade objetiva da norma de direito a ser aplicada” (TÁCITO, 1997, p. 345).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 67) agrega um segundo significado ao princípio, ao destacar que a conduta administrativa é impessoal, no sentido de que manifesta a vontade do ente estatal e não a do agente público que a pronuncia, sendo isto, afinal, o que fundamenta o reconhecimento da validade dos atos praticados pelos funcionários de fato, bem como a regra que proíbe a promoção pessoal (art. 37, §1º)²⁹.

No que respeita ao princípio da moralidade, Márcio Cammarosano adverte para o cuidado de que deve se precaver o intérprete, no propósito de diferenciar a moralidade administrativa da moral comum. Para ele,

Na medida em que o próprio Direito consagra a moralidade administrativa como bem jurídico amparável por ação popular, é porque está outorgando ao cidadão legitimação ativa para provocar o controle judicial dos atos que sejam inválidos por ofensa a valores ou preceitos morais juridicizados. São esses valores ou preceitos que compõem a moralidade administrativa. A moralidade administrativa tem conteúdo jurídico porque compreende valores juridicizados, e tem sentido a expressão moralidade porque os valores juridicizados foram recolhidos de outra ordem normativa do comportamento humano: a ordem moral. Os aspectos jurídicos e morais se fundem, resultando na moralidade jurídica, que é moralidade administrativa quando reportada à Administração Pública (CAMMAROSANO, 2006, p. 113).

Lúcia Valle Figueiredo (2004, p. 57), neste viés, argumenta que o princípio da moralidade “vai corresponder ao conjunto de regras de conduta da Administração que, em determinado ordenamento jurídico, são consideradas os standards comportamentais que a sociedade deseja e espera”.

Pelo princípio da publicidade consagra-se, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 114),

o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito,

²⁹ Art. 37 (...)

§ 1º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.

Transportando os quatro princípios citados à composição do quadro de pessoal da Administração Pública, Ivan Barbosa Rigolin (1989, p.73) alude que o paradigma da legalidade incide para prescrever que “precisa estar especificada e expressamente em lei (local) toda instituição de cargo, emprego ou função pública; seu número; sua carga horária; sua remuneração; os requisitos para seu preenchimento”³⁰, como também “as regras gerais para o acesso e a investidura; a discriminação de sua natureza: se permanente, se em comissão; a escolha do ‘regime jurídico único’”.

Quanto ao princípio da impessoalidade, assevera Rigolin que orienta a proscrição da “conduta administrativa personalística, tendente a nomear, empregar ou admitir determinada e certa pessoa, (...) sem razão relevante de interesse público, mas tão-só como premiação do apaniguado, do amigo, do afilhado” (RIGOLIN, 1989, p. 74). Já o *princípio da moralidade* veda, no entendimento do mesmo autor “as exurradas eleitoreiras de nomeações de última hora: os concursos dirigidos com cartas marcadas” (RIGOLIN, 1989, p. 75).

O *princípio da publicidade*, finalmente, tem pertinência à necessidade de que os atos concernentes a pessoal sejam divulgados, como os editais de concurso, as nomeações e exonerações, franqueando a qualquer interessado, por outro lado, o acesso a petições e certidões (RIGOLIN, 1989, p. 75).

No que é pertinente às condições de acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicos, os incisos I, II, V, VIII e IX dispunham:

Art. 37. (...)

³⁰ Ressalve-se que a criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções no âmbito do Poder Legislativo faz-se por resolução, posto que prescinde da participação do Executivo (art. 51, IV e art. 52, XIII). Sobre a alteração destes dispositivos pela EC nº 19/98, vinculando a fixação da remuneração a lei formal, confira-se a acerba crítica de Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p.251), segundo quem, o Poder Legislativo abriu mão de sua autonomia, em favor de “sua notória e crescente submissão ao Executivo”.

- I - os **cargos, empregos e funções públicas** são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei;
- II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em **concurso público** de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;
- (...)
- V - os **cargos em comissão e as funções de confiança** serão exercidos, **preferencialmente**, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei;
- VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;
- (...)
- IX - a lei estabelecerá os casos de **contratação por tempo determinado** para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público; (grifos não integram o original)

Dessume-se dos incisos I e II do art. 37 a enunciação de dois outros paradigmas fundamentais, consubstanciados no *princípio da acessibilidade* e o *princípio do concurso público*, assim nominados por Celso Antonio Bandeira de Mello (2003, p. 257), segundo quem a Constituição os preconizou, de um lado, para “ensejar a todos iguais oportunidades de disputar cargos ou empregos na Administração direta, indireta ou fundacional”, obstando, por outro, “que o servidor habilitado por concurso para cargo ou emprego de determinada natureza viesse depois a ser agraciado com cargo ou emprego permanente de outra natureza”.

Vê-se que o acesso por concurso alcançou não somente os *cargos* como também os *empregos públicos*³¹, não incidindo, todavia, sobre as “funções públicas” em razão de sua específica natureza, como se verá adiante. Eliminou-se, assim como fizera a Constituição de 1967, a expressão “primeira investidura”, mecanismo que favorecia a proliferação de concursos internos, possibilitando o acesso a cargos de natureza diversa da que fora originariamente objeto da seleção.

No que respeita à estabilidade, a redação original Constituição de 1988 a reconhecia aos servidores nomeados por concurso público, após o lapso de dois anos de efetivo exercício, assinalando que a perda do cargo somente poderia ocorrer em

³¹ Diferentemente do regime da Constituição de 1969, que não aludia aos empregos.

razão de sentença judicial passada em julgado ou de processo administrativo em que assegurada a ampla defesa (art. 41, caput e §1º)³².

Excepcionando o princípio do concurso público, manteve-se a possibilidade de criação de cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração (art. 37, inc. II), estipulando o inc. V que o provimento destes, tanto quanto o das funções de confiança, deveria ser deferido “preferencialmente” aos servidores de carreira³³.

Por outro lado, a contratação em caráter temporário, outrora estabelecida no art. 106 da Constituição de 1969, cedeu lugar à previsão do art. 37, inc. IX, que aludiu à contratação por tempo determinado “para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

A Constituição de 1998, em sua redação original, outrossim, determinou a implantação do regime jurídico único, já que, na vigência da Constituição de 1969, coexistiam diferentes sistemas de vinculação entre os funcionários públicos e a Administração³⁴.

3.3.3. ESTABILIZAÇÃO DE SERVIDORES NÃO-CONCURSADOS

O art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, reproduzindo o modelo adotado nas constituições anteriores, promoveu a estabilização dos servidores

³²Art. 41. São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público.

§ 1º - O servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa.
(...)

³³A rigor, deveria referir-se a norma constitucional “aos ocupantes de cargos efetivos”, em lugar de “servidores de carreira”, já que os servidores ocupantes de cargos isolados também podem exercê-los.

³⁴ Posteriormente, a EC 19/98 tentou promover a extinção do regime jurídico único, sem êxito, já que, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2135/2000, o Supremo Tribunal Federal suspendeu, em medida cautelar, o caput do artigo 39 da Constituição, com a redação dada pela emenda, restabelecendo o texto original. O fundamento da medida baseou-se no vício de inconstitucionalidade formal na elaboração da emenda constitucional. Reconheceu-se na decisão, todavia, a produção de efeitos “ex nunc”, preservando-se as situações consolidadas na vigência da redação da Emenda.

públicos civis não-concursados que estivessem em exercício há pelo menos cinco anos, contados da data da promulgação da nova Carta, dispendo:

Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, **em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados**, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

§ 1º - O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

§ 2º - O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do "caput" deste artigo, exceto se se tratar de servidor.

§ 3º - O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei. (grifos não integram o original)

Com esta regra, à revelia do sistema de mérito e em flagrante desprestígio ao concurso público, a Constituição possibilitou o maciço ingresso de servidores, aos quais foi conferida a estabilidade, isto é, a prerrogativa de somente perderem o cargo em razão de sentença judicial passada em julgado ou de processo administrativo em que assegurada a ampla defesa (art. 41, §1º).

Na opinião de Ivan Barbosa Rigolin (1989, p. 209),

não havia e não há qualquer razão de interesse público nesta pródiga e irrazoada medida, cuja demagógica e eleitoreira causação parecia definitivamente sepultada pela simples omissão de coisa igual na Carta de 1969; entretanto, cadáver mal sepulto, ressurgiu do Hades para, segundo parece, arranhar o mesmo princípio da moralidade tão judiciosamente insculpido pela própria Carta no seu art. 37.

O §1º do art. 19, outrossim, prescreveu a submissão de ditos servidores a concurso para fins de efetivação, a sugerir, na explicação de Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 249), que a admissão dos não-concursados aos quadros públicos não alteraria, *ipso facto*, o regime jurídico original entre a Administração e o servidor. O procedimento seletivo a que se reporta o dispositivo, portanto, seria o elemento

necessário à integração do servidor ao cargo público, restando vedada à legislação ordinária a atribuição destes cargos, *ex vi legis*, à margem de concurso³⁵.

A mesma opinião é compartilhada por Márcio Cammarosano (1991, p. 190), para quem a expressão concurso, haurida da norma, serve para realçar que os servidores beneficiados com a estabilidade excepcional não foram automaticamente efetivados, estando, portanto, jungidos à necessidade de submissão a concurso, a fim de que pudessem titularizar cargo público³⁶.

A expressão “concurso”, aliás, em lugar de “concurso público”, motivou uma discussão axial no que respeita à possibilidade de se promover a realização de processo seletivo destinado apenas aos servidores não-concursados estabilizados, em lugar de abri-lo ao público em geral. Para Cammarosano (1991, p. 191), sendo o concurso público a regra inarredável da Constituição, a exceção ao princípio demandaria disposição “expressa, clara e insofismável”, razão por que o concurso a que se refere o dispositivo não poderia ser restrito aos estabilizados.

Há de se registrar, ainda quanto ao ADCT, que o art. 53 deferiu o “aproveitamento no serviço público, sem a exigência de concurso, com estabilidade” (inc. I), ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei nº 5.315, de 12 de setembro de 1967.

³⁵ Por essa razão, seria inconstitucional, na visão de Bandeira de Mello, a previsão do art. 243, §1º, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que promoveu a transformação dos empregos ocupados pelos servidores incluídos no regime instituído por aquela Lei em cargos, na data de sua publicação. Tramita no STF, aliás, a ADI –2968, cujo relator é o Min. Cezar Peluzo, em que a Procuradoria Geral da República pretende a declaração de inconstitucionalidade do *caput* do art. 243.

³⁶ No julgamento do RE 167.635, relatado pelo Min. Maurício Corrêa, o STF assentou: “(...)2.Efetividade e estabilidade. Não há que confundir efetividade com estabilidade. Aquela é atributo do cargo, designando o funcionário desde o instante da nomeação; a estabilidade é aderência, é integração no serviço público, depois de preenchidas determinadas condições fixadas em lei, e adquirida pelo decurso de tempo. 3. Estabilidade: artigos 41 da Constituição Federal e 19 do ADCT. A vigente Constituição estipulou duas modalidades de estabilidade no serviço público: a primeira, prevista no art. 41, é pressuposto inarredável à efetividade. A nomeação em caráter efetivo constitui-se em condição primordial para a aquisição da estabilidade, que é conferida ao funcionário público investido em cargo, para o qual foi nomeado em virtude de concurso público. A segunda, prevista no art. 19 do ADCT, é um favor constitucional conferido àquele servidor admitido sem concurso público há pelo menos cinco anos antes da promulgação da Constituição (...)” (julgamento em 17-9-96, DJ de 7-2-97).

Consoante a Lei nº 5.315/67, considera-se ex-combatente

todo aquele que tenha participado efetivamente de operações bélicas, na Segunda Guerra Mundial, como integrante da Fôrça do Exército, da Fôrça Expedicionária Brasileira, da Fôrça Aérea Brasileira, da Marinha de Guerra e da Marinha Mercante, e que, no caso de militar, haja sido licenciado do serviço ativo e com isso retornado à vida civil definitivamente.

Note-se que, diferentemente do art. 19 (ADCT), o art. 53 (ADCT) faz menção ao instituto do “aproveitamento”, que versa sobre forma de provimento do cargo público, razão porque aos ex-combatentes foi assegurada não apenas a estabilidade, mas a efetiva incorporação aos quadros públicos, sem a necessidade de cumprimento de qualquer condição³⁷.

3.3.4 O PLANO DIRETOR DE REFORMA DO APARELHO DO ESTADO - PDRAE

A exemplo do que sucedera com o Decreto-Lei nº 579, de 30 de julho de 1938, responsável pela implantação do Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP, e com o Decreto-Lei nº 200/67, nova tentativa de modernização do aparelho estatal teria lugar, em 1995, com o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado – PDRAE, concebido no propósito de definir objetivos e diretrizes para a reforma da Administração Pública brasileira.

Com efeito, enquanto o Estado brasileiro ainda assimilava os novos vetores definidos na Constituição de 1988, já se desenhava na organização estatal estrangeira um processo de reformulação do aparelho administrativo que defendia a necessidade de superação do sistema da burocracia.

³⁷ O dispositivo transitório assegurou ainda aos ex-combatente: “II - pensão especial correspondente à deixada por segundo-tenente das Forças Armadas, que poderá ser requerida a qualquer tempo, sendo inacumulável com quaisquer rendimentos recebidos dos cofres públicos, exceto os benefícios previdenciários, ressalvado o direito de opção; III - em caso de morte, pensão à viúva ou companheira ou dependente, de forma proporcional, de valor igual à do inciso anterior; IV - assistência médica, hospitalar e educacional gratuita, extensiva aos dependentes; V - aposentadoria com proventos integrais aos vinte e cinco anos de serviço efetivo, em qualquer regime jurídico; VI - prioridade na aquisição da casa própria, para os que não a possuam ou para suas viúvas ou companheiras”.

Frederico Jorge Gouveia de Melo (2006) assinala que o movimento de mudança fora motivado pela crise fiscal, em função da incapacidade de o Estado fazer face às despesas públicas, aliado à redução do crescimento econômico, aumento do desemprego e inflação. Segundo ele,

a implementação da reforma do Estado ocorreu em dois momentos distintos. No primeiro, sua principal meta foi a redução do tamanho do Estado (downsizing) para obter maior agilidade e menor custo, promovendo ajustes estruturais nas economias em crise. Com diferente orientação, a partir dos anos de 1990, as reformas ganharam um caráter institucional, tendo como objetivo nuclear a reconstrução do Estado, utilizando-se dos princípios e práticas da nova gestão pública, instituindo assim a reforma gerencial, com vistas a aumentar sua eficiência através da introdução de formas inovadoras de administrar (notadamente as do setor privado que se adaptassem à máquina estatal) e de um movimento para escapar das amarras do modelo burocrático (MELO, 2006, p. 34).

O plano diretor classificou as ações da Constituição de 1988 como responsáveis por um “retrocesso burocrático sem precedentes” (PDRAE, 1995, p. 21), imputando-lhe a responsabilidade pelo engessamento do aparelho do Estado, com a extensão das normas rígidas da Administração Direta às empresas estatais e retirando destas a sua flexibilidade operacional.

No que concerne aos cargos públicos, o PDRAE (1995, p. 20/26) assinalou que o regime constitucional de 1988 “teve como um de seus custos mais surpreendentes o loteamento dos cargos públicos da administração indireta e das delegacias dos ministérios nos Estados para os políticos dos partidos vitoriosos”, a ensejar um “novo populismo patrimonialista”. Por outro lado, asseverou ter o concurso público se transformado em “uma espécie de tabu”, a dificultar “as transferências de funcionários entre cargos de natureza semelhante”.

Assim posto o diagnóstico, a reorganização da Administração demandaria a implementação da reforma gerencial, a partir da segmentação das atividades desenvolvidas pelo Estado em quatro macro-setores, de modo a: reservar ao Poder Público as ações consideradas próprias de Estado; destinar os serviços não-exclusivos

para a propriedade pública não-estatal; e à iniciativa privada a produção de bens e serviços³⁸.

A adoção de uma política de profissionalização do serviço público constituiria um dos vetores para a modernização da administração, sendo certo que a estratégia de transição para o modelo gerencial implicaria a proposição de mudanças na Constituição, através de emendas no sistema previdenciário, tributário e da Administração Pública³⁹.

³⁸ De acordo com o PDRAE (1995, p. 41/42) as atividades estatais conformariam as seguintes categorias: NÚCLEO ESTRATÉGICO. Corresponde ao governo, em sentido lato. É o setor que define as leis e as políticas públicas, e cobra o seu cumprimento. É portanto o setor onde as decisões estratégicas são tomadas. Corresponde aos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e, no poder executivo, ao Presidente da República, aos ministros e aos seus auxiliares e assessores diretos, responsáveis pelo planejamento e formulação das políticas públicas.

ATIVIDADES EXCLUSIVAS. É o setor em que são prestados serviços que só o Estado pode realizar. São serviços em que se exerce o poder extroverso do Estado - o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar. Como exemplos temos: a cobrança e fiscalização dos impostos, a polícia, a previdência social básica, o serviço de desemprego, a fiscalização do cumprimento de normas sanitárias, o serviço de trânsito, a compra de serviços de saúde pelo Estado, o controle do meio ambiente, o subsídio à educação básica, o serviço de emissão de passaportes, etc.

SERVIÇOS NÃO EXCLUSIVOS. Corresponde ao setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas. As instituições desse setor não possuem o poder de Estado. Este, entretanto, está presente porque os serviços envolvem direitos humanos fundamentais, como os da educação e da saúde, ou porque possuem "economias externas" relevantes, na medida que produzem ganhos que não podem ser apropriados por esses serviços através do mercado. As economias produzidas imediatamente se espalham para o resto da sociedade, não podendo ser transformadas em lucros. São exemplos deste setor: as universidades, os hospitais, os centros de pesquisa e os museus.

PRODUÇÃO DE BENS E SERVIÇOS PARA O MERCADO. Corresponde à área de atuação das empresas. É caracterizado pelas atividades econômicas voltadas para o lucro que ainda permanecem no aparelho do Estado como, por exemplo, as do setor de infra-estrutura. Estão no Estado seja porque faltou capital ao setor privado para realizar o investimento, seja porque são atividades naturalmente monopolistas, nas quais o controle via mercado não é possível, tornando-se necessário no caso de privatização, a regulamentação rígida.

³⁹ Como objeto de proposta de emenda no capítulo concernente à Administração Pública, propugnava o PDRAE (1995, p. 50/51):

"7.2.1 As Duas Emendas da Administração Pública

As emendas do capítulo da administração pública são fundamentais no processo de transição para uma administração pública gerencial porque incorporam ou viabilizam uma nova perspectiva em relação à gestão e ao controle do aparelho do Estado. Os dispositivos compreendidos no projeto são de importância estratégica para a consecução da reforma administrativa, contemplando os princípios e normas de gestão, as relações jurídicas dos servidores com a administração e as prerrogativas dos três poderes para a organização administrativa e a fixação de vencimentos dos cargos de seus serviços auxiliares ou administrativos.

A primeira emenda cobre (sic) o capítulo da administração pública.

Suas principais mudanças são: o fim da obrigatoriedade do regime jurídico único, permitindo-se a volta de contratação de servidores celetistas; a exigência de processo seletivo público para a admissão de celetistas e a manutenção do concurso público para a admissão de servidores estatutários; a

Em 04 de junho de 1998 foi promulgada a Emenda Constitucional nº 19/98, contemplando algumas das propostas consignadas no Plano Diretor, o que daria uma nova feição ao capítulo da organização administrativa, longe ainda de significar, todavia, a implementação do sistema gerencial perseguido.

3.3.5 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19 de 1998 - REFORMA ADMINISTRATIVA

A Emenda Constitucional nº. 19/98 promoveu modificações no capítulo da Administração Pública, assinalando, no que respeita destacadamente ao art. 37:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de 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:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, **assim como aos estrangeiros, na forma da lei**;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, **de acordo**

flexibilização da estabilidade dos servidores estatutários, permitindo-se a demissão, além de por falta grave, também por insuficiência de desempenho e por excesso de quadros; nos dois últimos casos o servidor terá direito a uma indenização; no caso de insuficiência de desempenho, que tem por objetivo levar o servidor a valorizar o seu cargo, e permitir ao administrador público cobrar trabalho, o funcionário só poderá ser demitido depois de devidamente avaliado, e terá sempre direito a processo administrativo específico com ampla defesa; no caso de exoneração por excesso de quadros, a exoneração deverá obedecer a critérios gerais estabelecidos em lei complementar, e os cargos correspondentes serão automaticamente extintos, não podendo ser recriados em um prazo de quatro anos; possibilidade de se colocar servidores em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço como alternativa à exoneração por excesso de quadros; permissão de contratação de estrangeiros para o serviço público, sempre através de concurso ou processo seletivo público, desde que lei específica o autorize; limitação rígida da remuneração dos servidores públicos e membros dos Poderes, inclusive vantagens pessoais, à remuneração do Presidente da República; limitação rígida dos proventos da aposentadoria e das pensões ao valor equivalente percebido na ativa; facilidade de transferência de pessoal e de encargos entre pessoas políticas da Federação, a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, mediante assinatura de convênios; eliminação da isonomia como direito subjetivo, embora mantenha, implicitamente, o princípio, que é básico para qualquer boa administração; A segunda emenda estabelece (1) um tratamento equilibrado entre os três poderes nas prerrogativas relativas à organização administrativa e (2) a fixação de vencimentos dos servidores dos três poderes, excluídos os titulares de poder, através de projeto de lei. A iniciativa será sempre do poder respectivo, mas a aprovação passa a depender da sanção presidencial. Esta segunda emenda obedece rigorosamente o princípio da autonomia dos três poderes. Esta autonomia foi concebida por Montesquieu como um sistema de freios e contra-freios, para evitar a prevalência de um poder sobre o outro. Em relação à remuneração dos servidores esse sistema de freios e contra-freios deixou de existir, o que vem provocando distorções graves de caráter isonômico. Não se pretende eliminar a curto prazo tais distorções, mas é fundamental estabelecer um limite para elas.”

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

(...)

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. (grifos não integram o original)

O princípio da eficiência, inserido no caput do art. 37, sinalizou as mudanças que se empreendiam, já que o PDRAE referia-se exaustivamente ao termo “eficiência”, como apanágio da administração pública gerencial. Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro (2009, p. 82), este princípio apresenta-se sob dois aspectos:

pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

A expressão “assim como aos estrangeiros, na forma da lei”, constante do inc. I do art. 37, foi um dos propósitos do Plano Diretor, que, consoante acima transcrito, propunha a permissão à contratação de estrangeiros para o serviço público⁴⁰.

O adendo ao inciso II “de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego” consigna a obrigatoriedade de que o concurso público guarde pertinência com a natureza e a complexidade das funções atribuídas ao cargo ou emprego, obrigando o administrador público a observar o princípio da razoabilidade, coibindo exageros na aferição das provas e títulos.

Dentre as disposições citadas, coube ao inc. V contemplar redação sensivelmente diversa da que fora aprovada pela Assembléia Constituinte, já que, até a emenda, a escolha dos ocupantes dos cargos em comissão e das funções de confiança, conquanto situadas no “nutum” do administrador, deveria recair,

⁴⁰ Na opinião de Alexandre de Moraes (2001, p. 44), trata-se do acolhimento da tendência iniciada com a Emenda Constitucional nº 11/96, que possibilitou às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros.

“preferencialmente”, em servidores de carreira. Com a mutação, a constituição estabeleceu um critério técnico diverso, distinguindo as *funções de confiança* dos *cargos em comissão*, do que se tratará mais à frente.

Vistos os princípios que nortearam a organização administrativa na Constituição de 1988, bem assim a reforma que lhe sucedeu com a Emenda Constitucional nº 19/98, serão elucidados a seguir os conceitos doutrinários acerca dos cargos, empregos e funções públicos.

3.3.6 OS CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES PÚBLICOS

3.3.6.1 Cargos públicos, empregos públicos e funções de confiança

Em consonância com o magistério de Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 251), é possível conceituar os **cargos públicos** como

as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e criadas por lei, salvo quando concernentes aos serviços auxiliares do Legislativo, caso em que se criam por resolução, da Câmara ou do Senado, conforme se trate de serviços de uma ou de outra destas Casas.

Quanto à vocação para retenção dos ocupantes, o mesmo autor qualifica os cargos públicos em **cargos de provimento em comissão**, **cargos de provimento efetivo** e **cargos de provimento vitalício** (MELLO, 2009, p. 301/302). Os primeiros são marcados pela transitoriedade e pela livre nomeação e exoneração, ao passo que os segundos pelo caráter de definitividade, demandando a aprovação prévia em concurso público. Os vitalícios, por seu turno, sobressaem por um grau ainda maior de definitividade, circunscritos, todavia, às hipóteses e condições de acesso especificamente consagradas na Constituição⁴¹.

⁴¹Para Celso Antonio Bandeira de Mello (2009, p. 303), constituem cargos vitalícios apenas: o de Magistrado (art. 95, I, CF), os de Ministro (ou Conselheiros) dos Tribunais de Contas (art. 73, §3º, CF) e o de membro do Ministério Público (art. 128, §5º, I, “a”, CF).

Por outro lado, consistem os **empregos públicos** em “núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista” (MELLO, 2009, p. 251).

Quanto ao regime jurídico aplicável, enquanto os cargos enunciam o vínculo de natureza institucional entre o servidor e a Administração, regido por estatuto (de onde o designativo: estatutários), os empregos públicos denotam o vínculo de natureza contratual, regidos pela CLT (logo, celetistas).

Para Celso Antonio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (esta a partir da 22^a. edição de seu livro “Direito Administrativo”), o regime normal a ser adotado no serviço público há de ser o estatutário, visto que garantias como a estabilidade, a reintegração e a aposentadoria diferenciada constituem prerrogativas necessárias a salvaguardar a atuação impessoal dos servidores. Como acentua Bandeira de Mello (2009, p. 258):

Tal regime, atributivo de proteções peculiares aos providos em cargo público, almeja, *para benefício de uma ação impessoal do Estado* – o que é uma garantia para todos os administrados -, ensejar aos servidores condições propícias a um desempenho técnico isento, imparcial e obediente tão-só a diretrizes político-administrativas inspiradas no interesse público, embargando, destarte, o perigo de que, por falta de segurança, os agentes administrativos possam ser manejados pelos transitórios governantes em proveito de objetivos pessoais, sectários ou político-partidários – que é, notoriamente, a inclinação habitual dos que ocupam a direção superior do País.

No que concerne às **funções**, anota Bandeira de Mello (2009, p. 252) tratar-se das “funções de confiança” a que alude o art. 37, V, entendendo por funções públicas os “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 (...)”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 519), todavia, assume exegese mais ampliada, para considerar também como exercentes de funções públicas os

contratados por “tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público” (art. 37, IX).

A regra de acesso aos cargos e empregos públicos, como decorre do inc. II do art. 37 é o concurso público, o qual consiste, segundo Hely Lopes Meirelles (2009, p. 439) no

meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se a moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, II, da CF. Pelo concurso, afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados, que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando empregos públicos.

Note-se que o dispositivo (art. 37, V) não faz referência às funções públicas, haja vista que as funções de confiança já recaem sobre servidor de carreira e a exigência de concurso público, no que respeita às contratações temporárias, poderia, consoante a leitura de DI PIETRO (2009, p. 519) entrar em conflito com a urgência da contratação.

O inc. II do art. 37, por sua vez, consigna outra exceção no que respeita ao concurso público, ao ressaltar de sua incidência as nomeações para os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. O inc. V, outrossim, estabelece as diretrizes a serem observadas no que respeita às funções de confiança, tornando possível sintetizar a exegese constitucional dos dispositivos nos seguintes termos: a) as *funções de confiança* somente podem ser cometidas aos servidores titulares de cargo efetivo; b) os *cargos em comissão* serão ocupados por servidores efetivos nos casos, condições e percentuais mínimos definidos em lei; c) tanto as *funções de confiança*, quanto os *cargos em comissão*, devem destinar-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Soa equívoca, portanto, a referência a “cargos de confiança” ou “funções comissionadas”, eis que não espelham a correta distinção lançada no texto da Carta Maior, conquanto se possa admitir que o critério que preside o provimento de ambos

seja a relação de fidúcia que se estabelece entre o nomeante e o nomeado e não necessariamente o mérito profissional deste.

Quanto à terminologia adotada, aliás, importa consignar a asserção do Ministro do STF Carlos Britto, quando do julgamento da ADI 3.233-0 (Paraíba)⁴², relatada pelo Min. Joaquim Barbosa, em que acentuou:

(...) Ora, a Constituição, desde sua redação originária, fez a distinção, claríssima, entre função de confiança e cargo em comissão. Se a cada cargo público corresponde uma função, a recíproca não é verdadeira. Há função sem cargo. É o tipo da função de confiança. Daí por que a Constituição exige que ela seja ocupada por titular de cargo efetivo de carreira. Só os titulares de cargos efetivos de carreira é que poderão desempenhar função de confiança. Então, vejo esse baralhamento terminológico reproduzido não só em leis municipais, mas também estaduais e até em leis federais. Impressionante. Como se a Constituição não houvesse demarcado os campos terminológicos com tanta precisão.

No que respeita à necessidade de previsão legal disciplinando os casos, condições e percentuais mínimos para a ocupação de cargos em comissão por servidores de carreira, destaca-se, no âmbito do Poder Executivo da Administração Pública Federal, o art. 10º do Decreto-Lei nº 1.660/79⁴³, que assinalava a destinação aos servidores de carreira de 50% dos níveis 1 e 2 do Grupo de Direção e Assessoramento Superiores⁴⁴, nos termos seguintes:

Art 10 - A partir de 1º de junho de 1979, a designação para função classificada nos níveis 1 e 2 do Grupo Direção e Assessoramento Superiores, observado o limite de 50% (cinquenta por cento) do número de funções, desses níveis, existente em cada órgão ou entidade, somente poderá recair em servidor da Administração Federal direta ou Autarquia federal, ocupante de cargo efetivo ou emprego permanente incluído no Plano de Classificação instituído pela Lei número 5.645, de 1970.

Parágrafo único - Na hipótese deste artigo, não será permitida, a partir da publicação deste decreto-lei, designação de pessoa estranha ao Serviço Público, quando alcançado o limite percentual fixado, com vistas a atingir-se a quantificação estabelecida até 1º de junho de 1979.

⁴² Acórdão publicado no DJ de 14/09/07.

⁴³ Não consta a revogação expressa deste diploma legal, conforme consulta realizada no site oficial <http://legislacao.planalto.gov.br/LEGISLA/legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2&Src=%2FLEGISLA%2Flegislacao.nsf%2FpagInicio%3FOpenPage%26AutoFramed>

⁴⁴ O quadro de cargos denominados de Direção e Assessoramento Superior (DAS) da Administração Pública Federal se apresenta escalonado em 6 níveis, que compreendem os seguintes símbolos, em ordem hierárquica **crecente**: DAS-1 DAS-2, DAS-3, DAS-4, DAS-5 e DAS-6.

A Lei nº 8.911/94, por seu turno, ampliou a necessidade de ocupação exclusivamente por servidores de carreira, ao consignar:

Art. 5º Para efeito desta Lei, considera-se cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração:

I - os de Natureza Especial;

II - os dois níveis hierárquicos mais elevados da estrutura organizacional do órgão ou entidade;

III - os de assessoramento no limite de até quarenta por cento do quantitativo constante no órgão ou entidade.

Art. 6º As funções de direção e chefia são as de nível hierárquico imediatamente inferior aos níveis previstos no inciso II do artigo anterior.

Parágrafo único. A designação para as funções de direção, chefia e assessoramento recairá, exclusivamente, em servidor ocupante de cargo efetivo, da Administração Pública Federal, Direta, Autárquica e Fundacional, exceto quando se tratar do limite estabelecido no inciso III do artigo anterior.

Esta norma, entretanto, foi revogada pela Lei nº 9.624/98, resultante da conversão da Medida Provisória nº 1.644-41, de 17 de março de 1998.

A Lei nº 8.460/02 determinou que:

Art. 14. Os dirigentes dos órgãos do Poder Executivo deverão destinar, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) dos cargos de Direção e Assessoramento Superior de níveis DAS-1, DAS-2 e DAS-3 a ocupantes de cargo efetivo lotados e em exercício nos respectivos órgãos.

Observe-se que o diploma legal situou a restrição aos níveis hierárquicos mais baixos da tabela de classificação. Essa limitação, todavia, foi ampliada pelo Decreto nº 5.497, de 21 de julho de 2005, que dispôs:

Art. 1º Serão ocupados exclusivamente por servidores de carreira os seguintes cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS da administração pública federal direta, autárquica e fundacional:

I - setenta e cinco por cento dos cargos em comissão DAS, níveis 1, 2 e 3; e

II - cinquenta por cento dos cargos em comissão DAS, nível 4.

§ 1º A partir da vigência deste decreto não serão providos cargos em comissão em desacordo com o disposto no caput.

§ 2º Caberá ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão normatizar, acompanhar e controlar o cumprimento dos percentuais fixados no caput.

§ 3º Enquanto não for implementado sistema informatizado de controle para essa finalidade, a nomeação de não servidores de carreira para os

cargos referidos no caput será precedida de consulta ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

§ 4º A nomeação de não servidores de carreira somente poderá ser efetivada mediante a comprovação de que o percentual de cargos providos por servidores de carreira, aferido para o conjunto dos órgãos e entidades sujeitos ao disposto no caput, é igual ou superior aos percentuais ali estabelecidos na data da consulta.

§ 5º Na hipótese de o cômputo dos percentuais de que tratam os incisos I e II resultar número fracionário de cargos, deverá ser considerado o número inteiro imediatamente superior.

§ 6º O disposto neste Decreto não afasta a aplicação de normas mais restritivas, inclusive constantes de atos internos do órgão ou entidade, referentes à nomeação de não servidores de carreira para cargos em comissão.

Dados do Boletim Estatístico de Pessoal nº 161, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão⁴⁵, concernente ao mês de setembro/09 (BRASIL, 2009, p. 97) demonstram a existência de **80.369** "cargos e funções de confiança e gratificações" somente no âmbito da administração direta, autarquias e fundações do Poder Executivo (Tabela 5.1), dos quais **20.961** correspondem aos chamados cargos de DAS.

Vinculando-se, nos termos Lei nº 8.460/02, 50% dos símbolos DAS-1 DAS-2 e DAS-3 aos servidores de carreira, estes correspondem a 8.320 cargos (situados no patamar inferior da hierarquia), ao passo que outros 12.641 ainda são passíveis de livre provimento. Com a restrição imposta pelo Decreto nº 5.497, de 21 de julho de 2005, a ocupação dos cargos em comissão por servidores de carreira sobe para 14.034, reduzindo-se para 6.926 os de livre provimento.

Conquanto se trate de medida salutar, não é possível desconhecer, a partir dos dados informados na mesma tabela, que entre 1999 e 2009 o quantitativo global de ocupantes de cargos de DAS passou de 16.300 servidores para 20.961, o que significa o incremento de 28,55% no período de dez anos, com privilégio inegável exatamente aos cargos de maior hierarquia, já que nestes se observam os maiores aumentos percentuais: DAS 6 (46,58%), DAS 5 (49,85%), DAS 4 (171,77%), DAS 3 (45,72%); DAS 2 (8,60%); DAS 1 (22,34%).

⁴⁵ Publicação mensal demonstrativa com dados sobre a despesa de pessoal da União, distribuição por órgão e entidade da administração federal, número de servidores públicos e distribuição por faixa de remuneração.

Como se percebe, a limitação quanto à ocupação dos cargos em comissão, quando existente, ainda confere uma ampla abertura a mitigar a exigência do concurso público. A situação se agrava, outrossim, quando todo o conjunto destes cargos é deliberadamente destinado a não-servidores, ou quando omitem-se as unidades federativas, deixando de fixar os quantitativos.

O TJ-MG dá notícia⁴⁶, com efeito, do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 1.0000.08.470785-0/000, promovida pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais em face do artigo 19 da Lei n.º 3.002/2005, atinente à estrutura administrativa da prefeitura do Município mineiro de Boa Esperança, que asseverava: "Art. 19 – Os cargos em comissão constantes nos anexos I e II desta Lei são, na sua totalidade, de recrutamento amplo."

Na ação em referência⁴⁷, sustentou o Ministério Público a inconstitucionalidade material do dispositivo, por contrariedade aos preceitos constitucionais que exigem que a lei preveja percentual mínimo de cargos de provimento em comissão que sejam preenchidos por servidores de carreira, isto é, de provimento efetivo.

O Ministério Público do Estado da Bahia, nada obstante, trilha caminho diverso, através de dispositivo legal de sua própria estruturação orgânica. Com efeito, a Lei Estadual nº 11.617, de 24 de novembro de 2009⁴⁸, "que realinha a estrutura de vencimentos, gratificações e proventos dos servidores, e dos cargos em comissão do Ministério Público do Estado da Bahia, e dá outras providências", fixa como de provimento em comissão: 01 cargo de **Assistente Militar** (símbolo CMP-6), 01 cargo de **Ajudante de Ordens** (símbolo CMP-5), 29 cargos de Oficial Administrativo I (símbolo CMP-3), 56 cargos de **Oficial Administrativo II** (símbolo CMP-2) e 52 cargos de Oficial **Administrativo III** (símbolo CMP-1), versando sobre atividades que não se encaixam no permissivo constitucional (direção, chefia ou assessoramento).

⁴⁶http://www.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10000084707850000 acesso em 17/11/09

⁴⁷ <http://www.mp.mg.gov.br/porta/public/interno/arquivo/id/2614> acesso em 17/11/09

⁴⁸ <http://www2.casacivil.ba.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>

A prática é repetida na maioria das unidades federativas brasileiras, eis que é comum a criação, como acentua Carmen Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 163), "de cargos ditos de provimento 'comissionado' para se permitir a sua ocupação por pessoas vinculadas ao superior hierárquico e por ele indicadas, (...)" sendo certo que "o motivo que conduz à prática do ato de designação é, assim, não a condição profissional do escolhido, mas a sua situação pessoal, em autêntica quebra ao princípio da impessoalidade".

Este fenômeno se observa particularmente na cena da política brasileira, constantemente modificada pelo consórcio de partidos que compõe a "sustentabilidade do governo", o que explica o grande número de exonerações e nomeações de servidores, quando se altera a composição das forças que orientam a gestão pública.

Porém, a busca pela liberdade para nomear e exonerar não se verifica apenas por motivação de natureza político-partidária, eis que é uma prática recorrente também no exercício da função administrativa pelos outros Poderes, notadamente no Poder Judiciário.

No campo específico da disciplina constitucional acerca dos cargos em comissão e das funções de confiança, aliás, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou a Resolução nº. 88, em 08 de setembro de 2009, no sentido de determinar a exoneração, no âmbito do Poder Judiciário, de ocupantes de cargos em comissão cujas atividades não estejam ligadas às atribuições de direção, chefia e assessoramento (art. 2º, §1º) e a destinação, nos Estados omissos na regulamentação prevista no art. 37, inc. V (CF), de pelo menos 50% (cinquenta por cento) dos cargos em comissão aos servidores de carreira (art. 2º, §2º)⁴⁹.

⁴⁹ A Lei nº 9.421, de 24 de dezembro de 1996, responsável pela criação das carreiras de Auxiliar Judiciário, Técnico Judiciário e Analista Judiciário, nos Quadros de Pessoal do Poder Judiciário da União e do Distrito Federal e Territórios, determinou em seu art. 9º que:

Art. 9º (...)

§ 1º Cada órgão do Poder Judiciário destinará, no mínimo, 80% (oitenta por cento) do total das funções comissionadas para serem exercidas por servidores integrantes das Carreiras Judiciárias da União, designando-se para as restantes exclusivamente servidores ocupantes de cargos de provimento efetivo

A iniciativa do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, a fim de atender à determinação do CNJ é curiosa, posto que, através da Lei Estadual nº 11.916, de 27 de maio de 2010, promoveu a reclassificação meramente nominal dos cargos públicos, adequando-os, apenas formalmente, à exigência constitucional. Confira-se:

Art. 2º - Ficam transformados, mantidos os respectivos símbolos:

I - o cargo comissionado de Secretário da Presidência, símbolo TJ-FC-2, no cargo comissionado de **Assessor** Técnico-Administrativo da Presidência;

II - 30 (trinta) cargos de Conciliador e 01 (um) cargo de Secretário da Diretoria Geral, símbolo TJ-FC-3, em 31 (trinta e um) cargos de **Assessor**;

III - 05 (cinco) cargos de Oficial de Gabinete e 03 (três) cargos de Secretário de Comissão, símbolo TJ-FC-4, em **Chefe** de Serviço;

IV - 18 (dezoito) cargos de Assistente de Expediente, 02 (dois) cargos de Assistente de Expediente de Supervisão Geral e 54 (cinquenta e quatro) cargos de Assistente de Supervisor (SAJ) símbolo TJ-FC-5, em 74 (setenta e quatro) cargos de **Chefe** de Seção.

que não integrem essas carreiras ou que sejam titulares de empregos públicos, observados os requisitos de qualificação e de experiência previstos em regulamento.

§ 2º Pelo menos 50% (cinquenta por cento) dos cargos em comissão a que se refere o **caput**, no âmbito de cada órgão do Poder Judiciário, serão destinados a servidores integrantes das carreiras judiciárias da União, na forma prevista em regulamento.

Já a Lei nº 11.416, de 15 de dezembro de 2006, responsável pela revogação da Lei nº 9.421, de 24 de dezembro de 1996, determinou:

Art. 5º (...)

§ 1º Cada órgão destinará, no mínimo, 80% (oitenta por cento) do total das funções comissionadas para serem exercidas por servidores integrantes das Carreiras dos Quadros de Pessoal do Poder Judiciário da União, podendo designar-se para as restantes servidores ocupantes de cargos de provimento efetivo que não integrem essas carreiras ou que sejam titulares de empregos públicos, observados os requisitos de qualificação e de experiência previstos em regulamento.

§ 2º As funções comissionadas de natureza gerencial serão exercidas preferencialmente por servidores com formação superior.

§ 3º Consideram-se funções comissionadas de natureza gerencial aquelas em que haja vínculo de subordinação e poder de decisão, especificados em regulamento, exigindo-se do titular participação em curso de desenvolvimento gerencial oferecido pelo órgão.

§ 4º Os servidores designados para o exercício de função comissionada de natureza gerencial que não tiverem participado de curso de desenvolvimento gerencial oferecido pelo órgão deverão fazê-lo no prazo de até um ano da publicação do ato, a fim de obterem a certificação.

§ 5º A participação dos titulares de funções comissionadas de que trata o § 4º deste artigo em cursos de desenvolvimento gerencial é obrigatória, a cada 2 (dois) anos, sob a responsabilidade dos respectivos órgãos do Poder Judiciário da União.

§ 6º Os critérios para o exercício de funções comissionadas de natureza não gerencial serão estabelecidos em regulamento.

§ 7º Pelo menos 50% (cinquenta por cento) dos cargos em comissão, a que se refere o **caput** deste artigo, no âmbito de cada órgão do Poder Judiciário, serão destinados a servidores efetivos integrantes de seu quadro de pessoal, na forma prevista em regulamento.

§ 8º Para a investidura em cargos em comissão, ressalvadas as situações constituídas, será exigida formação superior, aplicando-se o disposto nos §§ 3º, 4º e 5º deste artigo quanto aos titulares de cargos em comissão de natureza gerencial.

3.3.6.2 Contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público

A segunda espécie de funções públicas, como acentuado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009), é concernente à contratação por tempo determinado (art. 37, IX, CF), previsão que tem como foco as situações especiais definidas em lei, de modo a prover o serviço público de recursos humanos hábeis à satisfação imediata de necessidade públicas.

Na visão de Frederico Jorge Gouveia de Melo (2006, p. 66), são três os pressupostos para a contratação fulcrada no art. 37, IX, CF: a) a determinação do prazo; b) a necessidade temporária e c) o interesse público excepcional.

A determinação do prazo constitui uma exigência dos contratos administrativos em geral, razão por que se deve consignar no instrumento o termo inicial e final de sua vigência. A necessidade temporária há de ser entendida, outrossim, em oposição à necessidade permanente, a qual, como o nome indica, deve ser atribuída aos servidores da própria Administração. Quanto à excepcionalidade, diz-se da necessidade pública inadiável, invencível e absolutamente relevante.

Em face mesmo de sua excepcionalidade, aliás, a contratação para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, como antedito, não se sujeita obrigatoriamente a concurso público, conforme destaca Maria Sylvia Zanella di Pietro (2009, p. 524), ao assinalar:

Já na vigência da Constituição anterior, a admissão só era possível para serviços temporários, com base em seu artigo 106, e hoje continua apenas nessa hipótese, agora mais restringida por tempo determinado. Daí a desnecessidade de concurso, pois somente sendo possível a contratação de servidor temporário para atender à necessidade transitória de excepcional interesse público, a demora do procedimento do concurso público pode ser incompatível com as exigências imediatas da Administração, em caso, por exemplo, de epidemia ou outra calamidade pública. É preciso que a lei, ao disciplinar este tipo de contratação, estabeleça regras que assegurem a excepcionalidade da medida, evitando que se transforme em regra geral, a exemplo do que ocorreu na vigência da Constituição anterior, e determine as hipóteses em que a seleção pública é exigível.

A lei a que se refere o dispositivo constitucional é da unidade federativa que pretender a contratação. Bem por isso se antevê a disparidade entre as regulamentações a cargo de cada pessoa política, notadamente no que respeita às hipóteses em que será possível o seu manejo, os prazos de duração dos contratos, o regime jurídico, bem assim quanto à sua utilização como sucedâneo da admissão de regular de servidores públicos.

No âmbito da União, a disciplina das contratações temporárias é feita pela Lei nº 8.745/93, à qual Celso Antonio Bandeira de Mello (2009 p. 282) endereça severa crítica, ao aduzir:

(...) Para que se faça uma idéia do escândalo em que se constitui esta lei, mencione-se apenas que os contratos referidos no art. 2º, VI, “g”, isto é, relativos a atividades desenvolvidas no âmbito dos projetos do Sistema de Vigilância da Amazônia – SIVAM e do Sistema de Proteção da Amazônia - SIPAM, podem ser prorrogados até completarem um período total de cinco anos, a teor do art. 4º, parágrafo único, IV. Haja temporariedade nisto! (...)

O espectro da norma enfocada, com efeito, é muito abrangente, eis que considera como necessidade temporária de excepcional interesse público um vasto número de situações⁵⁰.

⁵⁰ Art. 2º Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público:

- I - assistência a situações de calamidade pública;
- II - combate a surtos endêmicos;
- III - realização de recenseamentos e outras pesquisas de natureza estatística efetuadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE;
- IV - admissão de professor substituto e professor visitante;
- V - admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro;
- VI - atividades:
 - a) especiais nas organizações das Forças Armadas para atender à área industrial ou a encargos temporários de obras e serviços de engenharia;
 - b) de identificação e demarcação territorial;
 - c) (Revogado pela Lei nº 10.667, de 2003)
 - d) finalísticas do Hospital das Forças Armadas;
 - e) de pesquisa e desenvolvimento de produtos destinados à segurança de sistemas de informações, sob responsabilidade do Centro de Pesquisa e Desenvolvimento para a Segurança das Comunicações - CEPESC;
 - f) de vigilância e inspeção, relacionadas à defesa agropecuária, no âmbito do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, para atendimento de situações emergenciais ligadas ao comércio internacional de produtos de origem animal ou vegetal ou de iminente risco à saúde animal, vegetal ou humana;
 - g) desenvolvidas no âmbito dos projetos do Sistema de Vigilância da Amazônia - SIVAM e do Sistema de Proteção da Amazônia - SIPAM.

Registre-se que a Lei em referência foi objeto de inúmeras mutações, a fim de contemplar novas situações não previstas anteriormente, como demonstra a sucessão de diplomas legislativos que lhe alteraram a substância, a saber: Lei 9.849/99, MPV 2.229-43/01, MPV 10/01, Lei 10.667/03, Lei 10.973/04, Lei 11.123/05, Lei 11.204/05, Lei 11.440/06 e a Lei 11.784/08.

No quarto capítulo serão observados, com base em julgamentos do STF, os amplos espectros dados às contratações temporárias, transformadas em verdadeiros substitutos dos cargos de natureza permanente.

3.3.6.3 A admissão de agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias

Ainda no que concerne ao regime constitucional da admissão aos quadros públicos, é importante citar o advento da Emenda Constitucional nº. 51, de 14 de fevereiro de 2006, que acresceu três parágrafos ao art. 198, dispondo acerca do recrutamento de agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias, verbis:

Art. 198

(...)

h) técnicas especializadas, no âmbito de projetos de cooperação com prazo determinado, implementados mediante acordos internacionais, desde que haja, em seu desempenho, subordinação do contratado ao órgão ou entidade pública.

i) técnicas especializadas necessárias à implantação de órgãos ou entidades ou de novas atribuições definidas para organizações existentes ou as decorrentes de aumento transitório no volume de trabalho que não possam ser atendidas mediante a aplicação do art. 74 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990;

j) técnicas especializadas de tecnologia da informação, de comunicação e de revisão de processos de trabalho, não alcançadas pela alínea *i* e que não se caracterizem como atividades permanentes do órgão ou entidade;

l) didático-pedagógicas em escolas de governo; e

m) de assistência à saúde para comunidades indígenas; e

VII - admissão de professor, pesquisador e tecnólogo substitutos para suprir a falta de professor, pesquisador ou tecnólogo ocupante de cargo efetivo, decorrente de licença para exercer atividade empresarial relativa à inovação.

VIII - admissão de pesquisador, nacional ou estrangeiro, para projeto de pesquisa com prazo determinado, em instituição destinada à pesquisa; e

IX - combate a emergências ambientais, na hipótese de declaração, pelo Ministro de Estado do Meio Ambiente, da existência de emergência ambiental na região específica.

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias **por meio de processo seletivo público**, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

§ 5º **Lei federal disporá sobre o regime jurídico** e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias.

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício."

Trata-se de normas que estabelecem singularidades na formação dos quadros pertinentes a estas duas categorias da área de saúde, como a possibilidade de adoção de regime jurídico diferenciado, ampliação das hipóteses de perda do cargo (ou emprego) e a substituição do concurso por processo seletivo público.

Os agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias compõem, como se infere, a categoria dos servidores permanentes da Administração, competindo a cada esfera federativa a sua regulamentação por lei autônoma, que pode optar pela criação de cargos ou de empregos públicos.

No âmbito da União, a Lei nº 11.350, de 05 de outubro de 2006, resultante da conversão da MPV nº 297/06, prescreveu a vinculação à Consolidação das Leis do Trabalho (art. 8º)⁵¹, estipulando, no que respeita às causas de rescisão unilateral do contrato de trabalho: a prática de falta grave (art. 10, I); a acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas (art. 10, II); a necessidade de redução do quadro de pessoal por excesso de despesa (art. 10, III) e a insuficiência de desempenho⁵² (art. 10,

⁵¹ Art. 8º Os Agentes Comunitários de Saúde e os Agentes de Combate às Endemias admitidos pelos gestores locais do SUS e pela Fundação Nacional de Saúde - FUNASA, na forma do disposto no § 4º do art. 198 da Constituição, submetem-se ao regime jurídico estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, salvo se, no caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, lei local dispuser de forma diversa.

⁵² Art. 10. A administração pública somente poderá rescindir unilateralmente o contrato do Agente Comunitário de Saúde ou do Agente de Combate às Endemias, de acordo com o regime jurídico de trabalho adotado, na ocorrência de uma das seguintes hipóteses:

I - prática de falta grave, dentre as enumeradas no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT;

II - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;

III - necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa, nos termos da Lei nº 9.801, de 14 de junho de 1999; ou

IV). Há ainda uma quinta causa para a rescisão do contrato, constante do parágrafo único do mesmo artigo, que é específica para os agentes comunitários de saúde, decorrente do descumprimento da exigência de que resida na área da comunidade em que atuar ou em função da apresentação de declaração falsa de residência.

No que concerne ao processo seletivo, José dos Santos Carvalho Filho (2006) já anotava, quando da edição da emenda, que em se tratando da admissão de agentes públicos ao quadro permanente, não seria compatível com a Constituição qualquer exegese que admitisse a simplificação do procedimento de escolha, a exemplo de análise curricular ou de entrevistas, porquanto a situação prevista no art. 198, §4º, diferia daquela entabulada no art. 37, IX, que versa acerca dos servidores temporários. Segundo ele:

(...) o certo é que a verdadeira seleção de servidores provisórios pelo método do procedimento seletivo simplificado somente se legitima como constitucional diante da temporariedade e da excepcionalidade das funções a serem executadas.

Não é, porém, o que sucede com o recrutamento dos agentes em foco. As funções de agente comunitário de saúde e de agente de combate às endemias têm caráter permanente e se inserem na rotina administrativa comum, nada tendo de temporário ou de excepcional interesse público. Conseqüentemente, a lei não lhes pode aplicar o mesmo método seletivo adotado para a seleção de servidores temporários – estes, e somente estes, contemplados no art. 37, IX, da Constituição. (CARVALHO FILHO, 2006, p. 115)

No âmbito da União, a própria Lei nº 11.350/06 cuidou de consignar a exigência de que o processo seletivo público fosse realizado através de provas ou provas e títulos, “de acordo com a natureza e a complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para o exercício das atividades, que atenda aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (art. 9º), o que, na prática, redundou na observância dos mesmos ditames atinentes ao concurso público.

IV - insuficiência de desempenho, apurada em procedimento no qual se assegurem pelo menos um recurso hierárquico dotado de efeito suspensivo, que será apreciado em trinta dias, e o prévio conhecimento dos padrões mínimos exigidos para a continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos de acordo com as peculiaridades das atividades exercidas.

Parágrafo único. No caso do Agente Comunitário de Saúde, o contrato também poderá ser rescindido unilateralmente na hipótese de não-atendimento ao disposto no inciso I do art. 6º, ou em função de apresentação de declaração falsa de residência.

Nada obstante, como ao lado das regras meritórias caminham as exceções, coube ao parágrafo único do art. 2º da EC nº 51/06 estabelecer regra de transição, dispondo:

Art. 2º (...)

Parágrafo único. Os profissionais que, na data de promulgação desta Emenda e a **qualquer título**, desempenharem as atividades de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias, na forma da lei, **ficam dispensados de se submeter ao processo seletivo público a que se refere o § 4º do art. 198 da Constituição Federal**, desde que tenham sido contratados a partir de anterior processo de Seleção Pública efetuado por órgãos ou entes da administração direta ou indireta de Estado, Distrito Federal ou Município ou por outras instituições com a efetiva supervisão e autorização da administração direta dos entes da federação. (grifos não integram o original)

Trata-se, na visão de Carvalho Filho (2005, p. 124) de “convalidação constitucional”, eis que promovida a admissão aos quadros públicos de tantos quantos estivessem em exercício na data da promulgação da emenda, ainda que submetidos a processo singelo de seleção pública.

A Lei nº 11.350/06, outrossim, cuidou de introduzir uma ressalva ao art. 9º, estabelecendo que:

Art. 9º (...)

Parágrafo único. Caberá aos órgãos ou entes da administração direta dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios certificar, em cada caso, a existência de anterior processo de seleção pública, para efeito da dispensa referida no parágrafo único do art. 2º da Emenda Constitucional nº 51, de 14 de fevereiro de 2006, considerando-se como tal aquele que tenha sido realizado com observância dos princípios referidos no caput.

Como fito de albergar os empregados admitidos por seleção pública, a lei promoveu a criação de **5.365 empregos públicos** de agente de combate de endemias, vinculados a Quadro Suplementar da Fundação Nacional de Saúde – FUNASA, disciplinando em seu art. 12:

Art. 12. Aos profissionais não-ocupantes de cargo efetivo em órgão ou entidade da administração pública federal que, em 14 de fevereiro de 2006, **a qualquer título**, se achavam no desempenho de atividades de combate a endemias no âmbito da FUNASA é assegurada a dispensa de se submeterem ao processo seletivo público a que se refere o § 4º do art. 198 da Constituição, desde que tenham sido contratados a partir de anterior

processo de seleção pública efetuado pela FUNASA, ou por outra instituição, sob a efetiva supervisão da FUNASA e mediante a observância dos princípios a que se refere o **caput** do art. 9º.

§ 1º Ato conjunto dos Ministros de Estado da Saúde e do Controle e da Transparência instituirá comissão com a finalidade de atestar a regularidade do processo seletivo para fins da dispensa prevista no **caput**.

§ 2º A comissão será integrada por três representantes da Secretaria Federal de Controle Interno da Controladoria-Geral da União, um dos quais a presidirá, pelo Assessor Especial de Controle Interno do Ministério da Saúde e pelo Chefe da Auditoria Interna da FUNASA.

O art. 17 ainda elasteceu a previsão constante da EC 51/06, determinando:

Art. 17. Os profissionais que, na data de publicação desta Lei, exerçam atividades próprias de Agente Comunitário de Saúde e Agente de Combate às Endemias, vinculados diretamente aos gestores locais do SUS ou a entidades de administração indireta, não investidos em cargo ou emprego público, e não alcançados pelo disposto no parágrafo único do art. 9º, **poderão permanecer no exercício destas atividades, até que seja concluída a realização de processo seletivo público pelo ente federativo**, com vistas ao cumprimento do disposto nesta Lei.

A admissão de agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias, portanto, em face da Emenda Constitucional nº. 51, de 14 de fevereiro de 2006, e, no âmbito da União, pela Lei nº 11.350, de 05 de outubro de 2006, trouxe um mecanismo peculiar de acesso ao serviço público, validando as seleções outrora realizadas.

À sombra, pois, da existência de um firme aparato de acessibilidade meritória, vê-se que os mecanismos de exceção fazem perpetuar os traços da gestão patrimonialista dos quais o Estado brasileiro não se desgarrou.

4. O ACESSO AO SERVIÇO PÚBLICO NOS JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A partir do conceito de cidadania e observado o modo como seu desenvolvimento se deu na formação da sociedade brasileira, perpassaram-se os mecanismos de admissão aos cargos, empregos e funções públicos ao longo da história constitucional brasileira, bem assim as tentativas empreendidas no sentido da implementação do sistema de mérito.

O progressos e retrocessos dos dispositivos constitucionais situam o substrato político e social da sociedade nacional, da qual o Direito não se alheia, antes o reproduz, como acentua Bandeira de Mello (2009, p. 1048):

As teorias econômicas, sociais, políticas e, portanto, também as jurídicas, não surgem do nada, não são produto do acaso ou do momento de iluminação de uma só pessoa. Pelo contrário, elas são a face visível, o revestimento exterior, a feição “sofisticada” de interesses concretos que fermentam no seio da Sociedade. Correspondem, portanto, muitas vezes, tão-só a uma forma lapidada e esmerilhada de interesses de determinados segmentos, os dominantes, apresentada sob a forma de proposições concatenadas, articuladas e ademais blindadas com o rótulo de “científicas”, para captarem os créditos de uma pretensa neutralidade.

Os casos narrados a seguir, hauridos de julgados do Supremo Tribunal Federal, a partir da interpretação do art. 19 (ADCT), art. 37, caput e incisos II, V e IX da CF, concatenam significativos exemplos da veiculação, pela produção legislativa dos diversos Estados da Federação, de interesses patrimonialistas.

4.1 Ampliação do conteúdo da regra de estabilização prevista no art. 19 do ADCT da CF/88

Com a promulgação da Constituição de 1988, como visto, promoveu-se a estabilização dos servidores públicos civis não-concursados em exercício há pelo menos cinco anos, consoante o disposto no art. 19 do ADCT.

Conquanto esta previsão já representasse um vilipêndio ao sistema de mérito, o STF ainda enfrentaria a larga produção legislativa das unidades federativas,

manifestadas no propósito de alargar o conteúdo do enunciado constitucional, estendendo a benesse a servidores que não satisfaziam os requisitos ali fixados.

O art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Piauí, v.g., promulgada em 05 de outubro de 1989, deferiu aos servidores públicos civis admitidos “até seis meses antes da promulgação da Constituição, inclusive a título de serviços prestados” a integração em quadro suplementar, assegurando-lhes a impossibilidade de exoneração, a menos que não lograssem aprovação em concurso de provas e títulos.

Arguindo a incompatibilidade do dispositivo com a previsão do art. 19 da ADCT da Constituição Federal, o Governador do Estado ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, que, registrada sob o nº 495, foi distribuída ao Ministro Néri da Silveira.

Em seu voto, destacou o relator ter a norma estadual criado forma de estabilidade “diversa e mais abrangente” do que aquela prevista na Constituição Federal, em julgado assim ementado, publicado no Diário de Justiça de 11/02/2000:

EMENTA: - Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Art. 3º e parágrafo 1º do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado do Piauí. Garantia a servidores civis estaduais, que ingressaram até seis meses antes da Constituição do Estado, inclusive a título de serviços prestados, de não serem "demitidos", salvo se não aprovados em concurso público a que forem submetidos. 3. Alegação de ofensa ao art. 37, II, da Constituição de 1988, e ao art. 19, do ADCT da mesma Carta Política. 4. Relevância dos fundamentos da inicial. "Periculum in mora" caracterizado. Precedentes do STF, sobre matéria semelhante, nas ADINs. 289, 251 e 125. 5. Reconhecida a invalidade da estabilidade excepcional definida no art. 3º do ADCT da Carta piauiense. Declarada, em consequência, a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do aludido artigo 3º. 6. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 3º e seus parágrafos 1º e 2º do ADCT da Constituição do Estado do Piauí.

O Governador do Estado de Minas Gerais, por sua vez, ajuizou a ADI 100, para ver declarada a inconstitucionalidade do art. 28 da Constituição do Estado, que deferia ao servidor o direito à readmissão nos quadro públicos nos seguintes termos:

Art. 28 – Será readmitido no serviço público o servidor afastado entre primeiro de janeiro de 1988 e a data da promulgação da Constituição da República, cujo afastamento tenha evitado que adquirisse a estabilidade prevista no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República.

§ 1º – Exclui-se da readmissão de que trata este artigo o servidor afastado por falta grave ou em razão da nomeação de candidato aprovado em concurso público.

§ 2º – A readmissão se dará na função exercida pelo servidor na data do afastamento, será requerida em noventa dias e efetuada em cento e oitenta dias, contados ambos os prazos da data da promulgação da Constituição do Estado.

Entendendo tratar-se de ampliação do direito à estabilidade incompatível com a Constituição Federal, a relatora, Min. Ellen Gracie, concluiu pela procedência do pedido, no que foi acompanhada pelos demais ministros presentes à sessão, em julgado ementado nos seguintes termos, publicado no DJ de 01/10/2004:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 28 E PARÁGRAFOS DO ADCT DA CARTA DE MINAS GERAIS. ESTABILIDADE EXTRAORDINÁRIA. ART. 19 DO ADCT DA CARTA FEDERAL. 1. A exigência de concurso público para a investidura em cargo garante o respeito a vários princípios constitucionais de direito administrativo, entre eles, o da impessoalidade e o da isonomia. O constituinte, todavia, inseriu no art. 19 do ADCT norma transitória criando uma estabilidade excepcional para servidores não concursados da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios que, quando da promulgação da Carta Federal, contassem com, no mínimo, cinco anos ininterruptos de serviço público. 2. A jurisprudência desta Corte tem considerado inconstitucionais normas estaduais que ampliam a exceção à regra da exigência de concurso para o ingresso no serviço público já estabelecida no ADCT Federal. Precedentes: ADI 498, rel. Min. Carlos Velloso (DJ de 09/08/1996) e ADI 208, rel. Min. Moreira Alves (DJ de 19/12/2002), entre outros. 3. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga procedente.

O terceiro exemplo é originário do Estado do Amazonas e consta da ADI 498, patrocinada pela Associação Amazonense do Ministério Público, em face do art. 3º, §§ 1º, 2º e 3º do ADCT da Constituição do Amazonas, além do art. 2º da Lei Estadual 2.010 de 19/12/90 e do art. 2º da Lei Estadual 2.018, de 07/01/91.

Em síntese, previam os dispositivos da Constituição Estadual a realização de um concurso interno, destinado a todos os servidores que contassem com menos de cinco anos de exercício, admitidos sem concurso até a data da instalação da Assembléia

Estadual Constituinte, cuja inscrição seria promovida “ex officio”, para os mesmos cargos e funções que até então desempenhavam.

Através de julgamento unânime, o STF declarou a inconstitucionalidade dos artigos estaduais, por reconhecer a ampliação dos pressupostos do art. 19 da ADCT da CF/88 e, por conseqüência, da exceção contida no art. 37, II, da CF, consoante Acórdão publicado no DJ de 09/08/96, que tomou a seguinte ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO. C.F., art. 37, II, art. 19, ADCT. CONSTITUIÇÃO DO AMAZONAS, art. 3º, §§ 1º, 2º e 3º; Lei 2.010, de 1990, art. 2º, Lei 2.018, de 1991, art. 2º, ambas do Estado do Amazonas. I. - Inconstitucionalidade do art. 3º e seus parágrafos do ADCT da Constituição do Amazonas, que ampliam os pressupostos do art. 19, ADCT, da Constituição Federal, ampliando a exceção constitucional (art. 19, ADCT) à regra inscrita no art. 37, II, da Constituição da República. Inconstitucionalidade, em conseqüência, do art. 2º da Lei 2.010/90 e do art. 2º da Lei 2.018/91, ambas do mesmo Estado, que dão execução ao artigo 3º e seus parágrafos das Disposições Transitórias da Carta Estadual. II - Ação direta julgada procedente.

Em comum aos três julgados, como se vê, a tentativa de ampliação dos requisitos estabelecidos no art. 19 do ADCT em benefício de servidores admitidos sem concurso público, privilegiando-os, em detrimento de outros tantos potenciais candidatos.

As informações apresentadas pelo presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Amazonas, que se encontram transcritas no relatório da ADI 498, dão mostras da argumentação contrária ao interesse público, ao assinalar:

- a) no art. 3º do ADCT do Estado do Amazonas, os constituintes obrigaram os servidores irregulares, prestando serviços ao Estado, a fazer concurso para aferir sua manutenção nos respectivos cargos. O art. 19 do ADCT da Constituição Federal de 1988 foi muito além, ao conceder estabilidade a servidores não concursados;
- b) embora existam respeitabilíssimas opiniões no sentido de que o concurso a que alude o citado art. 19 do ADCT deve ser entendido como concurso público, entendemos que, no caso, pode ser um concurso interno, restrito aos servidores estabilizados;
- c) outras estabilidades foram igualmente concedidas pelo constituinte federal de 1988, entre elas, a do art. 22 do ADCT, específica para o defensor-público;

- d) o art. 37 da CF regula apenas o ingresso no serviço público, não contemplou o acesso, por ser matéria da competência das leis estaduais;
- e) nada há de inconstitucional nas disposições transitórias da Carta amazonense, que se limitou a adaptar o direito federal às peculiaridades locais, como tinha competência para fazer por força da expressão “no que couber”, a que alude o art. 75 da Constituição Federal e ao princípio federativo da autonomia estadual, que reserva aos estados-membros os chamados poderes remanescentes.

4.2 Provimento de cargos sem concurso público

O descumprimento das normas de contenção também se observaria com o afastamento do concurso público para o preenchimento de cargos públicos, através de provimentos derivados, reclassificações ou de singelas autorizações para contratação de servidores.

Na ADI 2912, o Procurador Geral da República alegou a inconstitucionalidade do art 3º da Lei nº 5.077/95 do Estado do Espírito Santo, que havia autorizado o Poder Judiciário a “proceder contrato administrativo para atendimento dos serviços vinculados aos cargos de provimento efetivo não providos, em caso de vacância, ou de afastamento de titular para exercício de outro cargo público”.

A tese foi acolhida, destacando o relator da ação, Min. Gilmar Mendes, a incompatibilidade do dispositivo estadual com o art. 37, inc. II, da CF/88, em Acórdão publicado em 14/12/07, com a ementa a seguir:

EMENTA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 2. Art. 3º da Lei nº 5.077/1995, do Estado do Espírito Santo, que permite o provimento de cargos efetivos por meio de contrato administrativo a ser formalizado pelo Poder Judiciário local. 3. Violação ao artigo 37, II, da Constituição da República, que dispõe sobre a exigência de concurso público para a investidura em cargo ou emprego público. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.

A ADI 3.857-5, ajuizada pelo Procurador Geral da República e distribuída ao Min. Ricardo Lewandowski, propunha a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 13.778/2006 do Ceará, em razão de ter promovido a transposição de cargos públicos

em afronta ao mesmo art. 37, II da CF. O parágrafo único do art. 26 do diploma estadual expressamente verberava:

Art. 26 (...)

Parágrafo único. Os servidores da Administração Direta que se encontrem, na data da publicação desta Lei, em exercício na Secretaria da Fazenda a (sic) **mais de treze anos**, passam a integrar o grupo ocupacional Tributação, Arrecadação e Fiscalização mediante expressa opção a ser feita no prazo máximo de até 60 (sessenta) dias sendo enquadrados na referencia inicial, da classe I, do cargo/função de Auditor Adjunto da Receita Estadual. (grifos não integram o original)

Segundo o relator, na prática, o dispositivo constante do parágrafo único do art. 26 permitia o enquadramento no cargo de auditor da receita de "motoristas, datilógrafos, desenhistas, agentes prisionais, orientadores de menores, técnico de estrada, técnico agrícola, visitador sanitário, auxiliar de pesquisa e agente municipalista", já que o requisito estabelecido na norma seria o simples exercício na Secretaria da Fazenda, pouco importando a função originária.

O Acórdão foi publicado no DJe de 27/02/09, do qual consta a seguinte ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO ESTADO DO CEARÁ. PROVIMENTO DERIVADO DE CARGOS. INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AO DISPOSTO NO ART. 37, II, DA CF. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. I - São inconstitucionais os artigos da Lei 13.778/2006, do Estado do Ceará que, a pretexto de reorganizar as carreiras de Auditor Adjunto do Tesouro Nacional, Técnico do Tesouro Estadual e Fiscal do Tesouro Estadual, ensejaram o provimento derivado de cargos. II - Dispositivos legais impugnados que afrontam o comando do art. 37, II, da Constituição Federal, o qual exige a realização de concurso público para provimento de cargos na Administração estatal. III - Embora sob o rótulo de reestruturação da carreira na Secretaria da Fazenda, procedeu-se, na realidade, à instituição de cargos públicos, cujo provimento deve obedecer aos ditames constitucionais. IV - Ação julgada procedente.

Outro exemplo é haurido do Estado de Minas Gerais, cuja Lei Estadual nº 13.954/98 sofreu a impugnação da ADI 2113, declarando inconstitucionais os §§1º a 3º do art. 4º que, em síntese, disciplinavam a criação do quadro suplementar de Assistente Jurídico de Estabelecimento Penitenciário na estrutura organizacional da Secretaria de

Estado da Justiça e Direitos Humanos, vinculando-o, todavia, aos servidores já investidos na função.

Em consonância com o voto da Ministra Cármen Lúcia, transcrevendo a manifestação pretérita do Ministro Octavio Gallotti, estavam sendo beneficiados pelo dispositivo os detentores de função pública ou ocupantes de cargo de Analista da Administração, Contínuo Servente, Telefonista, Agente da Administração, Técnico Administrativo ou Auxiliar Administrativo.

A ação foi julgada procedente por múltiplos fundamentos, dentre os quais a inconstitucionalidade material do dispositivo impugnado com os arts. 5º, caput, e 37, inc. I e II, da Constituição, conforme se extrai da ementa concernente ao Acórdão, publicado no DJE de 21/08/09:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MINEIRA N. 13.054/1998. EMENDA PARLAMENTAR. INOVAÇÃO DO PROJETO DE LEI PARA TRATAR DE MATÉRIA DE INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. CRIAÇÃO DE QUADRO DE ASSISTENTE JURÍDICO DE ESTABELECIMENTO PENITENCIÁRIO E SUA INSERÇÃO NA ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DE SECRETARIA DE ESTADO. EQUIPARAÇÃO SALARIAL COM DEFENSOR PÚBLICO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. OFENSA AOS ARTS. 2º, 5º, 37, INC. I, II, X E XIII, 41, 61, § 1º, INC. II, ALÍNEAS A E C, E 63, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. Compete privativamente ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis que disponham sobre as matérias previstas no art. 61, § 1º, inc. II, alíneas a e c, da Constituição da República, sendo vedado o aumento das despesas previstas mediante emendas parlamentares (art. 63, inc. I, da Constituição da República). 2. A atribuição da remuneração do cargo de defensor público aos ocupantes das funções de assistente jurídico de estabelecimento penitenciário é inconstitucional, por resultar em aumento de despesa, sem a prévia dotação orçamentária, e por não prescindir da elaboração de lei específica. 3. A sanção do Governador do Estado à proposição legislativa não afasta o vício de inconstitucionalidade formal. **4. A investidura permanente na função pública de assistente penitenciário, por parte de servidores que já exercem cargos ou funções no Poder Executivo mineiro, afronta os arts. 5º, caput, e 37, inc. I e II, da Constituição da República.** 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (grifos não integram o original)

É digno de registro que as duas últimas ações constitucionais citadas referem-se a diplomas legislativos produzidos em data relativamente recentemente, já que a lei cearense foi editada em 2006 e a lei mineira em 2008, a demonstrar, dessa forma, a

tenaz resistência à observância dos princípios constitucionais lançados há duas décadas.

4.3 Inobservância da restrição constitucional às atribuições de direção, chefia e assessoramento

O Estado da Paraíba, com a edição da Lei estadual nº 6.600, de 10/02/1998, criou na estrutura do Poder Judiciário a "função de confiança" de Agente Judiciário de Vigilância, "de provimento em comissão", consoante dispunha o texto legislativo seguinte:

Art. 1º Fica criada, no Quadro de que trata a Lei nº 5.634, de 15 de agosto de 1992, a função de confiança de Agente Judiciário de Vigilância, de provimento em comissão, assim distribuída:

I – Agente Judiciário de Vigilância I, Símbolo FC-AJV-707, em número de setenta e cinco (75), a quem incumbe prestar serviço de vigilância e segurança aos órgãos do Poder Judiciário;

II – Agente de Vigilância II, Símbolo FC-AJV-708, em número de quarenta e cinco (45), a quem incumbe prestar serviços de vigilância e segurança aos membros do Poder Judiciário.

Aquela unidade federativa editou, posteriormente, a Lei estadual nº 7.679, de 26/10/2004, com o objetivo de operar a transformação dos referidos cargos em "assessoria", provavelmente em função das restrições impostas pela entrada em vigor da Emenda Constitucional nº. 19, de 04 de junho de 1998. Assim dispôs a norma:

Art. 1º Ficam transformados, na estrutura administrativa da Secretaria do Tribunal de Justiça, os seguintes cargos em comissão:

I – de Agente Judiciário de Vigilância, símbolo TJ-AJV-II, em Assessor de Segurança I, símbolo TJ-CTJ-146 e;

II – de Agente Judiciário de Vigilância, símbolo TJ-AV-I, em Assessor de Segurança I, símbolo TJCTJ-147.

O assunto chegou ao STF em face da ADI 3.233-0 (Paraíba), relatada pelo Min. Joaquim Barbosa, que, em seu voto condutor, constante do Acórdão publicado no DJ de 14/09/07, entendeu pela procedência da ação, por considerar que os cargos em referência não se harmonizavam com o princípio da livre nomeação e exoneração, como consta da ementa do julgado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS 6.600/1998 (ART. 1º, CAPUT E INCISOS I E II), 7.679/2004 E 7.696/2004 E LEI COMPLEMENTAR 57/2003 (ART. 5º), DO ESTADO DA PARAÍBA. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. I - Admissibilidade de aditamento do pedido na ação direta de inconstitucionalidade para declarar inconstitucional norma editada durante o curso da ação. Circunstância em que se constata a alteração da norma impugnada por outra apenas para alterar a denominação de cargos na administração judicial estadual; alteração legislativa que não torna prejudicado o pedido na ação direta. II - 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. Precedentes. Ação julgada procedente.

Outro caso passou-se a partir de dispositivos da Lei nº 1.939/98 do Estado do Mato Grosso do Sul, que dispunham acerca da organização dos servidores públicos, estabelecendo como de provimento em comissão os cargos de Assistente, Assistente Técnico de Informática, Assistente Técnico de Laboratório, Assistente de Plenário, Secretário I, Secretário II, Supervisor de Segurança, Secretário III, Assistente de Segurança, Agente de Contadoria do Cartório, Secretário IV, Secretário V, Motorista Oficial e Secretário VI, dentre outros.

A ADI 3706, protocolada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, reputando inconstitucionais os dispositivos estaduais que vertiam esta classificação, foi acolhida pelo Ministro Gilmar Mendes, relator, ementando-se assim o julgado, cujo Acórdão foi publicado no DJ de 05/10/07:

EMENTA: 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.

Os diplomas legislativos estaduais objurgados nas ações citadas haviam sido editados após a edição da EC nº 19/98, que, como visto em capítulo precedente, estabeleceu uma vinculação qualitativa no que respeita aos cargos em comissão e as

funções de confiança, confinando-os, ambos, às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Uma das maneiras mais freqüentes de se driblar a exigência do concurso público, pois, é promover-se a criação de cargos em comissão e de funções de confiança para atribuições às mais diversas, desrespeitando, assim, a limitação constitucional.

4.4 Desequilíbrio entre a criação de cargos de provimento temporário e de provimento efetivo

A Câmara Municipal de Blumenau, através do Decreto Legislativo 297/97 e da Resolução 313/98, criou cargos de assessoramento parlamentar, de provimento em comissão, sob o fundamento de sua natureza *intuitu personae*, com o propósito de legitimar a dispensa ou exoneração de seu titular ao término do mandato parlamentar ou a qualquer tempo, ao argumento de sua temporariedade.

Na prática, a criação dos referidos cargos significava alterar a composição do quadro servidores da Câmara, de modo que, do total de sessenta e sete servidores, quarenta e dois (63%) passariam a ser de livre nomeação, e apenas vinte e cinco cargos de provimento efetivo (27%).

Levado o tema ao STF, o min. Ricardo Lewandowski, em voto acolhido por unanimidade no Ag. Reg. no RE 365.368 (Santa Catarina) – cujo Acórdão foi publicado no DJ de 29/06/07, destacou a infração ao princípio da proporcionalidade, haja vista a incompatibilidade entre o número de servidores efetivos e em cargos em comissão, em julgado assim ementado:

EMENTA: 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 Legislativo local.
Agravo improvido.

O razoável, com efeito, é a composição majoritária do quadro de pessoal por servidores de provimento efetivo. A preponderância de cargos em comissão é um indicativo seguro da subversão da norma, até porque, por expressa previsão constitucional, as atribuições que a estes são cometidas possuem um rol muito mais restrito do que a plêiade de funções que são desempenhadas pelos demais servidores.

4.5 Fixação de casos, condições e percentuais mínimos de ocupação dos cargos em comissão por servidores efetivos. Norma de eficácia contida ?

No que concerne à fixação dos casos, condições e percentuais mínimos para ocupação dos cargos em comissão por servidores efetivos, a segunda Turma do STF teve ocasião de apreciar o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.287-0 (Distrito Federal) interposto em face de Acórdão proferido pela terceira seção do Superior Tribunal de Justiça, em que se discutia se a escolha para o exercício do cargo de Diretor-Geral do Colégio Pedro II, pelo Presidente da República, deveria obrigatoriamente recair sobre os integrantes da lista sêxtupla organizada pela congregação de ensino, e se a seleção de seu ocupante deveria se dar entre os servidores ocupantes de cargo efetivo.

O julgamento, unânime, consoante o Acórdão publicado no DJ de 01/08/03, acolhendo o voto do Min. Maurício Corrêa, consignou que o art. 37, inc. V, no que respeita aos “casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei” veicula norma de **eficácia contida**, tornando os cargos em comissão somente passíveis de reivindicação pelos servidores de carreira após adotada a regulamentação preconizada⁵³, verbis:

⁵³ O STF já houvera firmado entendimento similar no Mandado de Segurança nº 22.321-9, relatado pelo min. Sydney Sanches, ainda sob a égide da redação originária do art. 37, V, acerca da impossibilidade de se exigir a ocupação de funções de confiança por servidores efetivos, em razão da ausência da lei específica reguladora a que alude a parte final daquele dispositivo.

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. COLÉGIO PEDRO II. NOMEAÇÃO DO DIRETOR GERAL. GESTÃO DEMOCRÁTICA NO ENSINO PÚBLICO. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 20 DA LEI 5758/71. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTIGO 37, INCISO V: REGRA NÃO AUTO-APLICÁVEL. RECONDUÇÃO AO CARGO POR UMA VEZ. DIREITO ADQUIRIDO: INEXISTÊNCIA.

1. A Constituição Federal, ao preconizar a gestão democrática no ensino público, remeteu à lei ordinária a forma, as condições e os limites acerca do seu cumprimento.

2. A Congregação tem o dever de sugerir ao Presidente da República seis candidatos ao cargo de Diretor-Geral do Colégio Pedro II, não estando o Chefe do Poder Executivo adstrito à lista sêxtupla. Inteligência da expressão “de preferência” contida no § 1º do artigo 20 da Lei 5758/71.

3. Cargos em comissão a serem preenchidos por servidores efetivos. A norma inscrita no artigo 37, V, da Carta da República **é de eficácia contida, pendente de regulamentação por lei ordinária.**

4. Compatibilidade do ato impugnado com o § 2º do artigo 20 da Lei 5758/71, que veda a recondução sucessiva e não a manutenção do Diretor-Geral no cargo por mais uma vez.

Segurança denegada. (grifos não integram o original)

Extrai-se do voto do Relator:

7. Também não assiste razão ao recorrente quando afirma que foi contrariado o inciso V do art. 37 da Constituição. **Essa norma não é auto-aplicável**, contudo a lei ordinária que lhe dará eficácia apenas estabelecerá as hipóteses, as condições, e os percentuais mínimos segundo os quais as funções de confiança e os cargos em comissão destinados à chefia, direção e assessoramento, serão preenchidos por servidores efetivos. (grifos não integram o original)

A interpretação contida no julgado, todavia, há de ser compreendida em termos. É que, como preleciona José Afonso da Silva (2007), quanto à eficácia e aplicabilidade, distinguem-se: *normas constitucionais de eficácia plena*, *normas constitucionais de eficácia contida* e *normas constitucionais de eficácia limitada*, nos termos seguintes:

Na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêm certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado (SILVA, 2007, p. 82).

Se a disposição do art. 37, V, no caso em apreço, pendia de regulamentação pela via ordinária, versando norma de natureza não auto-aplicável, bem se vê que não se trataria de norma de eficácia contida, posto que estas "incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos" (SILVA, 2007, p. 82), mas de norma de eficácia limitada, ante a ausência de carga normativa suficiente à sua execução. Por essa razão, no caso em apreço, nenhum servidor efetivo poderia invocar o direito de ocupar o cargo em comissão, haja vista a ausência de regulamentação.

O Min. Carlos Britto, em voto proferido na ADI 3.706 (MATO GROSSO DO SUL), cujo Acórdão foi publicado no DJ de 05/10/07, classifica o mesmo excerto constitucional relativo aos "casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei" como norma de eficácia limitada, ao diferenciá-lo da proposição constante do trecho "atribuições de direção, chefia e assessoramento", que versa norma de eficácia plena, *verbis*:

Senhora Presidente, o inciso V do art. 37 contém vários núcleos semânticos, cada qual deles com um tipo particularizado de eficácia. Por exemplo: quando a Constituição se refere aos "cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei", **essa parte, "nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei" – é de clara natureza limitada, a sua eficácia limitada ou parcial, porque depende da edição de lei.** Porém, quando a Constituição ultima o seu discurso normativo dizendo que tais cargos se destinam "apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento", nessa parte a Constituição é de eficácia plena; dispensa, portanto, as achegas da lei ordinária; não precisa da mediação do legislador de segundo grau, que é o primeiro aplicador da Constituição. (grifos não integram o original)

Pelo que se extrai do voto, o comando normativo dotado de eficácia plena (limitação a chefia, assessoria e direção) implica a revogação⁵⁴ de todos os diplomas legislativos anteriores à Emenda nº 19/98, no que com ele incompatíveis, o que atinge, de plano, todos os cargos em comissão e funções de confiança não vinculados à "direção, chefia ou assessoramento".

⁵⁴ Inadmite o STF a tese da inconstitucionalidade superveniente, consoante a ADI nº 02 (Rel. Min. Paulo Brossard). Confira-se ainda, a ADI nº 919-2 (PARANÁ) e a ADI nº 2.501-5 (MINAS GERAIS).

No que respeita, todavia, ao atrelamento de parcela destas atividades aos servidores de provimento efetivo, observa-se que o dispositivo emendado faz menção à necessidade de se editar a lei hábil a fixar os “casos, condições e percentuais mínimos previstos” (norma de eficácia limitada). Logo, a inconstitucionalidade surgirá se houver omissão no que respeita à edição da norma infraconstitucional, o que redundará na declaração de mora, para que se dê a “ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias” (art. 103, §2º da CF/88).

Conquanto o STF não tenha chegado a esta conclusão, é intuitivo que, para os projetos de lei nascidos após a emenda constitucional, não se pode considerar a primeira parte do inc. V do art. 37 como norma de eficácia limitada porque, sendo a “criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas” matéria de reserva legal⁵⁵, a mesma lei que promover a criação já deverá contemplar os percentuais mínimos de ocupação por servidores efetivos, sob pena de inconstitucionalidade.

4.6 A necessidade temporária de excepcional interesse público

Por meio da ADI 3700, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil questionou a Lei nº 8.742, de 30 de novembro de 2005, do Estado do Rio Grande Norte, que dispunha “sobre a contratação temporária de advogados para o exercício da função de defensor público, no âmbito da defensoria pública do estado”.

O Min Carlos Britto, relator da ação, invocando o caráter permanente e essencial da Defensoria Pública, reputou incompatível o recrutamento precário dos agentes desta instituição, em lugar de se promover a adequada estruturação do órgão mediante a criação de cargos de provimento efetivo e escalonados em carreira. Em julgado unânime, ementou-se o Acórdão, publicado no DJE de 06/03/09, nos termos seguintes:

⁵⁵ Ressalve-se que, para a disciplina dos cargos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, substitui-se à lei, em face do art. 51, IV e art. 52, XIII, CF, a resolução de cada Casa do Congresso.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 8.742, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2005, DO ESTADO DO RIO GRANDE NORTE, QUE “DISPÕE SOBRE A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE ADVOGADOS PARA O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO, NO ÂMBITO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO”.

1. A Defensoria Pública se revela como instrumento de democratização do acesso às instâncias judiciárias, de modo a efetivar o valor constitucional da universalização da justiça (inciso XXXV do art. 5º da CF/88).
2. Por desempenhar, com exclusividade, um mister estatal genuíno e essencial à jurisdição, a Defensoria Pública não convive com a possibilidade de que seus agentes sejam recrutados em caráter precário. Urge estruturá-la em cargos de provimento efetivo e, mais que isso, cargos de carreira.
3. A estruturação da Defensoria Pública em cargos de carreira, providos mediante concurso público de provas e títulos, opera como garantia da independência técnica da instituição, a se refletir na boa qualidade da assistência a que fazem *jus* os estratos mais economicamente débeis da coletividade.
4. Ação direta julgada procedente.

A ADI nº 3.430-8 dá conta, por seu turno, da arguição de inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 300/2004 do Estado do Espírito Santo, cujo art. 1º autorizou o Chefe do Poder Executivo a celebrar contrato administrativo de prestação de serviço, por prazo determinado, para admissão de pessoal, em caráter temporário, para atender à necessidade de excepcional interesse público, no sistema constituído pela Secretaria de Estado da Saúde - SESA e Instituto Estadual de Saúde Pública - IESP.

Neste processo, após intenso debate, entendeu a Corte que a Lei estadual, ao se limitar a reproduzir o texto do art. 37, IX, delegando ao Chefe do Poder Executivo a tarefa de especificar os casos em que caberia a contratação temporária, padecia do vício da inconstitucionalidade.

Declarou-se, assim, a inconstitucionalidade da norma, modulando-a para que seus efeitos fossem produzidos 60 (sessenta) dias após a comunicação, em Acórdão publicado no DJe de 23/10/09, assim ementado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. LEI ESTADUAL CAPIXABA QUE DISCIPLINOU A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES PÚBLICOS DA ÁREA DE SAÚDE. POSSÍVEL EXCEÇÃO PREVISTA NO INCISO IX DO ART. 37 DA LEI MAIOR. INCONSTITUCIONALIDADE. ADI JULGADA PROCEDENTE. I - A contratação temporária de servidores sem

concurso público é exceção, e não regra na Administração Pública, e há de ser regulamentada por lei do ente federativo que assim disponha. II - Para que se efetue a contratação temporária, é necessário que não apenas seja estipulado o prazo de contratação em lei, mas, principalmente, que o serviço a ser prestado revista-se do caráter da temporariedade. III - O serviço público de saúde é essencial, jamais pode-se caracterizar como temporário, razão pela qual não assiste razão à Administração estadual capixaba ao contratar temporariamente servidores para exercer tais funções. IV - Prazo de contratação prorrogado por nova lei complementar: inconstitucionalidade. V - É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de não permitir contratação temporária de servidores para a execução de serviços meramente burocráticos. Ausência de relevância e interesse social nesses casos. VI - Ação que se julga procedente.

A utilização indiscriminada dos contratos de arrematação temporária culmina por consistir numa das formas mais usuais de se ocuparem as funções públicas, muitas vezes à margem de qualquer tipo de seleção prévia, e para contratos que se prorrogam indefinidamente.

O Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 684518 (São Paulo), relatado pelo Ministro Eros Grau, aliás, dá notícia de uma prática já observada em casos precedentes, que consiste em promover a renovação de contratos temporários, nada obstante a conclusão e efetiva vigência de concurso público destinado ao suprimento das mesmas atividades. Veja-se, a propósito, a ementa concernente à decisão, publicada no Dje de 29/05/09.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PRETERIÇÃO DE APROVADOS PARA PROVIMENTO DE CARGO EFETIVO. RENOVAÇÃO DE CONTRATOS TEMPORÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que, comprovada a necessidade de contratação de pessoal, deve-se nomear os candidatos aprovados no certame em vigor em detrimento da renovação de contrato temporário. Agravo regimental a que se nega provimento.

4.7 Privilégio de parentes

Situações concernentes ao provimento de cargos públicos por parentes também chegaram ao STF antes da edição da Súmula Vinculante nº 13, embora sem o alcance e a repercussão que a adoção do verbete motivou. Dois julgamentos realizados pelo Supremo mostrariam que o nepotismo tinha como fontes as mesmas normas

permissivas que negavam ou arrefeciam o sistema de mérito na admissão aos cargos, empregos e funções públicos.

O caso mais remoto respeita à ADI nº 1521-4 (RIO GRANDE DO SUL), protocolada em 11/11/96, através da qual a Procuradoria Geral da República, atendendo às representações formuladas pelo Presidente do Tribunal de Justiça e do Procurador Geral de Justiça do Estado Rio Grande do Sul, pretendia ver declarada a inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Emenda à Constituição Estadual nº 12, de 13 de dezembro de 1995.

As normas impugnadas combatiam o nepotismo, consoante se observa do art. 1º da emenda, que promovia a inserção do §5º no art. 20 da Constituição Estadual, assim dispondo:

(...)

§ 5º - Os cargos em comissão não podem ser ocupados por cônjuges ou companheiros e parentes, consangüíneos, afins ou por adoção, até o segundo grau:

I - do Governador, do Vice-Governador, do Procurador-Geral do Estado, do Defensor Público-Geral do Estado e dos Secretários de Estado, ou titulares de cargos que lhes sejam equiparados, no âmbito da administração direta do Poder Executivo;

II - dos Desembargadores e Juizes de 2º grau, no âmbito do Poder Judiciário;

III - dos Deputados Estaduais, no âmbito da Assembleia Legislativa;

IV - dos Procuradores de Justiça, no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça;

V - dos Conselheiros e Auditores Substitutos de Conselheiros, no âmbito do Tribunal de Contas do Estado;

VI - dos Presidentes, Diretores-Gerais, ou titulares de cargos equivalentes, e dos Vice-Presidentes, ou equivalentes, no âmbito da respectiva autarquia, fundação instituída ou mantida pelo Poder Público, empresa pública ou sociedade de economia mista.

Em seu voto, proferido em sede cautelar, o relator, Min. Marco Aurélio, destacou a compatibilidade da disposição com a Constituição Federal, eis que “limitada à disciplina de situações bem definidas, em que a ocupação dos cargos revela transgressão à isonomia, à impessoalidade e à moralidade”. O Tribunal, acolhendo por

maioria o voto do relator, indeferiu em 12/03/97 a suspensão cautelar⁵⁶ do dispositivo, consoante Acórdão publicado no DJ 17/03/2000 - Ata Nº 7/2000.

O segundo processo respeita ao Mandado de Segurança 23.780-5 (MARANHÃO). Consoante o relatório do Min. Joaquim Barbosa, a servidora pública da Secretaria de Educação, T.J.C.B⁵⁷, fora colocada à disposição do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, e nomeada, em 13/10/94, para exercer cargo em comissão da Secretaria de Coordenação do Programa de Assistência ao Servidor (PRÓ-SOCIAL).

A nomeação, considerada ilegal pelo Tribunal de Contas da União em razão de a servidora ser irmã do vice-presidente do TRT local, motivou a impetração do mandado de segurança pela interessada, o qual foi protocolado no STF em 25/09/00.

Em seu voto, acolhido por unanimidade, o relator concluiu pela denegação da segurança, por considerar, apoiado no disposto na Lei 8.432/1992 e na Decisão 118/1994 do TCU, a inexistência de direito líquido e certo à nomeação, bem assim que a proibição do preenchimento de cargos por cônjuges e parentes "homenageia e concretiza o princípio da moralidade administrativa, o qual deve nortear toda a Administração Pública em qualquer esfera de Poder". O Acórdão, publicado em 03/03/06, conteve a seguinte ementa:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. NEPOTISMO. CARGO EM COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. Servidora pública da Secretaria de Educação nomeada para cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região à época em que o vice-presidente do Tribunal era parente seu. Impossibilidade. A proibição do preenchimento de cargos em comissão por cônjuges e parentes de servidores públicos é medida que homenageia e concretiza o princípio da moralidade administrativa, o qual deve nortear toda a Administração Pública, em qualquer esfera do poder. Mandado de segurança denegado.

O julgado citado, ao referir-se à Lei 8.432/1992, que tratava da criação de juntas de conciliação de julgamento da Justiça do Trabalho, dá nota de que a proscrição à

⁵⁶ Conforme consulta realizada no site do Supremo, o processo ainda aguarda o julgamento de mérito.

⁵⁷ Embora o nome da servidora conste da consulta do processo, que é público, disponibilizada no site www.stf.gov.br, foram destacadas apenas as iniciais da interessada.

nomeação de parentes já era matéria de disciplina legal no âmbito do Poder Judiciário. Aliás, como se verá mais adiante, a construção da Súmula Vinculante nº 13 do STF deveu-se fundamentalmente à interpretação constitucional de atos normativos oriundos desta esfera de Poder.

Com efeito, a adoção do verbete sumular decorreu de um processo lento cujas balizas foram paulatinamente delineadas pela legislação infraconstitucional sobre o tema, secundadas pelas manifestações do Tribunal de Contas de Contas da União e do Conselho Nacional de Justiça em matérias postas à apreciação, até a consolidação do entendimento pelo STF, movimento que ainda se refletirá nos julgados ulteriores, que vão lhe dar a conformação derradeira.

Por sua relevância, serão tratados no tópico seguinte os fundamentos históricos do nepotismo e sua caracterização em face do ordenamento jurídico brasileiro.

5. NEPOTISMO

5.1 Conceito

Os dicionários derivam a expressão "nepotismo" da raiz latina "nepos", que significa neto ou descendente. Para De Plácido e Silva (2004, p. 952), "nepote (favorito) designava a autoridade que os sobrinhos e outros parentes do papa exerciam na administração eclesiástica". De acordo com Adam Bellow (2006, p. 22), o verbete foi "(...) cunhado no século XIV ou XV para indicar a prática corrupta de nomear parentes do papa para a administração – geralmente filhos ilegítimos, ditos 'sobrinhos' -e por muito tempo essa origem eclesiástica refletiu-se nos dicionários".

José Theodoro Menck assinala que a nomeação de parentes para os principais cargos administrativos da Cúria romana e dos Estados Pontifícios tinha como objetivo reforçar o poder temporal do Papa, dada a então tumultuada vida política da península italiana, em razão da sucessão de guerras ininterruptas. Afirma MENCK (2006, p. 03) que os exemplos de

(...) ofícios eclesiásticos, ou políticos, entregues pelos papas a pessoas de sua família eram antigos, e facilmente explicáveis pela necessidade que todo governante tem de manter pessoas de sua estrita confiança perto de si. Essa tendência era naturalmente reforçada por uma segunda tendência, também natural e perfeitamente compreensível, de todo homem procurar favorecer seus próximos, independentemente de seus méritos pessoais.

Como acentua Bellow (2006, p. 38), o nepotismo pode ser genericamente definido como a "preferência excessiva por um parente"⁵⁸, conquanto "a capacidade de criar vínculos de parentesco pela concessão das vantagens do altruísmo a pessoas que não são parentes biológicos" (BELLOW, 2006, p. 74) faz com que a definição *moderna* de nepotismo vá além do favoritismo motivado por relações de parentesco, para

⁵⁸Para Bellow (2006, p. 75), o nepotismo, em sentido amplo, poderia ser observado inclusive no comportamento biológico de algumas espécies de animais, como o demonstra a cooperação entre formigas, abelhas e vespas, espécies conhecidas como himenópteras, em razão do sacrifício de umas em prol das outras.

açambarcar também o favorecimento de pessoas ainda que não ligadas por laços de consangüinidade⁵⁹.

Com efeito, atualmente, a conotação do nepotismo avança para além do símbolo de parentesco, mas o associa a conteúdo extremamente depreciativo, atrelando-o às idéias de favorecimento ilícito, privilégio e empreguismo. Ocorre, como fenômeno cultural que é, em manifestações sociais diversas, nos âmbitos público ou privado, de modo indistinto.

Ao empreender uma análise acerca do desenvolvimento econômico dos países desenvolvidos, Ha Joon Chang (2004, p.138) informa que o *nepotismo*, ao lado da *venda de cargos* e do *sistema de favorecimento (spoils system)*, que “consistia em alocar os cargos públicos aos correligionários do partido no poder” eram os responsáveis, até o fim do século XIX, pela falta de profissionalismo na burocracia da maioria dos países desenvolvidos.

Conquanto destaque a dificuldade na obtenção de dados históricos concretos sobre o nepotismo, Ha Joon Chang (2004, p. 138) noticia que

(...) uma parcela significativa dos administradores de elite, na França e na Alemanha, tinha pais que também eram altos funcionários, sugerindo um elevado grau de nepotismo. Por exemplo, entre os burocratas do topo da hierarquia da França pré-industrial (começo do século XIX), cerca de 23% eram filhos de administradores de elite. Na metade do século, época do início da industrialização do país, a proporção continuava próxima dos 21%. Na Prússia, os números correspondentes eram, respectivamente 31% e 26%.

Nos Estados Unidos, os jacksonianos (partidários do presidente Jackson, eleito em 1828) “tinham desprezo pelo conhecimento especializado e se opunham à

⁵⁹ Observando os inúmeros casos de sucessão familiar nos negócios públicos e privados nos Estados Unidos, Below divisa o surgimento naquele país, de uma nova fase, marcada pela transição do conceito *moderno* de nepotismo para uma acepção *pós-moderna*, que denomina de Novo Nepotismo ou Novo Dinasticismo. Consistiria este novo fenômeno na ocupação de lugares pelas novas gerações, não em função do favorecimento ou pela indicação de seus ascendentes, mas pelo aproveitamento das oportunidades que a aproximação de seus parentes pode ensejar. Este "novo nepotismo", em oposição ao “velho nepotismo”, tem em conta as oportunidades proporcionadas pelas relações travadas no seio da família, que motivam a ascensão dos parentes, mas por esforço próprio destes (BELLOW, 2006, p. 19/26).

profissionalização da burocracia, alegando que o maior número possível de cidadãos devia ter a possibilidade de participar do ato de governo” (CHANG, 2004, p. 130). Conforme Bellow (2006, p. 489), somente com a Lei Pendleton⁶⁰, em 1883, se cogitaria da instituição de um sistema nacional de mérito naquele país⁶¹.

Ha Joon Chang (2004, p.139) complementa que

os burocratas italianos do fim do século XIX não tinham “garantias legais ou mesmo convencionais de estabilidade, licenças, pensão etc e nenhum recurso na Justiça”. Até o começo do século XX, as carreiras do serviço público, na Espanha, eram basicamente determinadas pelo que se conhecia como *padrinazgo* (apadrinhamento). Mesmo na Bélgica, que, no século XIX, era o país mais industrializado depois da Inglaterra, o serviço público civil não se profissionalizou cabalmente antes de 1933.

O nepotismo, bem se vê, tem uma estreita ligação com a inexistência ou debilidade do sistema de mérito, e sua acepção negativa não decorre de uma imposição natural ou divina, mas do resultado de vários séculos da história da humanidade, com ampla manifestação em países diversos e em setores diferentes da sociedade. Para os limites deste trabalho, todavia, será necessário enfocá-lo sob a feição que evidencia o seu conflito com as leis - ditas impessoais, que regem o acesso à organização estatal brasileira. Mais especificamente, cumpre identificar o *conteúdo jurídico* de nepotismo, em face do ordenamento positivo inaugurado com a Constituição de 1988, e que culminou com a adoção da Súmula Vinculante nº 13 pelo STF.

5.2 O nepotismo no ordenamento jurídico brasileiro

Diógenes Gasparini (2008, p. 74) concebe o nepotismo de forma restrita, vinculando-o ao favorecimento na assunção de cargos públicos⁶², de onde alça a

⁶⁰A Lei Pendleton fora o resultado do movimento antiempreguismo impulsionado pela morte do presidente James A. Garfield, em julho de 1881. A motivação do crime seria a insatisfação do algoz, Charles Guiteau, com o fato de não ter obtido um cargo público (BELLOW, 2004, p. 488).

⁶¹Todavia, acentua Ha Joon Chang (2004, p. 139), o Pendleton Act somente submetia cerca de 10% dos empregos civis ao recrutamento competitivo.

⁶²Para ele, o nepotismo consiste no “favorecimento de alguém para titularizar dentro da Administração Pública, centralizada ou descentralizada, cargo de provimento em comissão, propiciado, direta ou indiretamente, pela autoridade pública com poderes para promover esse valimento, com a intenção de

tríplice classificação, a partir da finalidade a ser obtida, como sendo: o *nepotismo clássico*, o *nepotismo transversal ou oblíquo* e o *nepotismo político*.

Segundo o autor, o nepotismo clássico consiste na “nomeação pela autoridade competente de seus próprios parentes para ocuparem cargo de provimento em comissão, cujas funções desempenharão sob sua direta orientação hierárquica”. O nepotismo *transversal ou oblíquo* caracteriza-se pela concessão de obséquios recíprocos entre autoridades públicas, de modo a descaracterizar o favorecimento direto de parentes. Finalmente, o nepotismo político se reconhece quando a nomeação recai sobre pessoas independentemente de qualquer parentesco, apenas com o inconfessado propósito de “garantir o apoio partidário ou ampliar a base de sustentação política da autoridade governante” (GASPARINI, 2008, p. 74/76).

A Súmula Vinculante nº 13 do STF, como será visto adiante, não trata do nepotismo político, já que particulariza apenas o favorecimento de pessoas ligadas por laços familiares. A partir deste viés, é possível afirmar que os primeiros movimentos da formação da nação brasileira já evidenciam a marca do nepotismo, cujos vestígios se encontram desde a Carta a el-Rei D. Manuel sobre o descobrimento do Brasil, datada de 01/05/1500. Neste documento, Pero Vaz de Caminha, a par de registrar as suas impressões sobre a terra que posteriormente viria a ser chamada de Brasil, solicitou do soberano um favor pessoal, nos seguintes termos:

(...) E nesta maneira, Senhor, dou aqui a Vossa Alteza do que nesta vossa terra vi. E, se algum pouco me alonguei, Ela me perdoe, que o desejo que tinha, de Vos tudo dizer, mo fez assim pôr pelo miúdo.

E pois que, Senhor, é certo que, assim neste cargo que levo, como em outra qualquer coisa que de vosso serviço for, Vossa Alteza há de ser de mim muito bem servida, a Ela peço que, por me fazer singular mercê, **mande vir da ilha de São Tomé a Jorge de Osório, meu genro** - o que dá Ela receberei em muita mercê.

Beijo as mãos de Vossa Alteza.

Deste Porto Seguro, da Vossa Ilha de Vera Cruz, hoje, sexta-feira, primeiro dia de maio de 1500. (grifou-se)

prestigiá-lo por ser ou não seu parente ou, ainda, com a pretensão de selar um ajuste político” (GASPARINI, 2008, p. 74).

Consoante descrito nos capítulos precedentes, a história constitucional brasileira, no que respeita à admissão de servidores públicos, é permeada pela coexistência de normas proibitivas - que induzem à sensação da existência de um firme aparato de acessibilidade meritória, e de exceções, cuja utilização exacerbada contrapõe-se às regras, infirmando-as.

O favorecimento de parentes na admissão ao serviço público, como antedito, haveria de ocorrer através das mesmas aberturas que permeiam o sistema, sendo tão nocivo quanto qualquer privilégio que não respeite os princípios definidos na Constituição. Todavia, talvez por significar a intolerável proeminência do interesse individual sobre o coletivo, o nepotismo parece repugnar de forma ainda mais acentuada ao senso comum, afrontando com maior veemência o sentido fundamental de justiça.

É certo que a Constituição de 1988 não se referiu ao nepotismo de modo expresso⁶³ ⁶⁴. Datam do ano seguinte à promulgação da Carta Magna dois dos primeiros textos legislativos que se ocuparam de proscrever a admissão ao serviço público com base na relação de parentesco, nomeadamente a Lei nº 7.872, de 08 de novembro de 1989, e a Lei nº 7.873, de 09 de novembro de 1989, responsáveis pela criação da 17ª e 18ª Regiões da Justiça do Trabalho.

A redação do art. 18, comum a estes dois diplomas, asseverava:

⁶³ A referência normativa mais próxima à vedação ao favorecimento de parentes, anterior à Constituição de 1988, respeita ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que assinala em dois dispositivos: Art. 355 (...)

§ 7º Salvo se funcionário efetivo do Tribunal, não poderá ser nomeado para cargo em Comissão, ou designado para função gratificada, cônjuge ou parente (arts.330 a 336 do Código Civil), em linha reta ou colateral, até terceiro grau, inclusive, de qualquer dos Ministros em atividade. (Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 2/85.)

Art. 357 (...)

Parágrafo único. Não pode ser designado Assessor, Assistente Judiciário ou Auxiliar, na forma deste artigo, cônjuge ou parente, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer dos Ministros em atividade. (Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 4/92).

⁶⁴ Tramitam no Congresso Nacional as Propostas de Emenda Constitucional nº 385/05 e 344/06, que pretendem incorporar ao texto constitucional a vedação expressa ao nepotismo, destinando-se a primeira delas, especificamente, ao Poder Judiciário.

Art. 18. Não poderão ser nomeados, admitidos ou contratados, a qualquer título, para funções de gabinete, cargos em comissão ou funções gratificadas da administração do Tribunal, cônjuges ou parentes consangüíneos ou afins, até o terceiro grau de Juízes em atividade ou aposentados há menos de 5 (cinco) anos.

Nada obstante a clareza do texto, a sua assimilação não foi tarefa fácil, como dão conta as sucessivas manifestações que tiveram lugar no Tribunal de Contas da União, em que se discutia a correção e o alcance do dispositivo, como fazem certo as Decisões nº 099/91 (2ª. Câmara), nº 178/92 (Plenário), nº 275/92 (Plenário), nº 228/93 (Plenário) e nº 118/94 (Plenário).

Em contenda nestes julgados, em síntese: a compatibilidade do dispositivo (art. 18) com o princípio isonômico posto na Constituição, por veicular suposta discriminação em função do vínculo de parentesco; a dúvida quanto à extensão de sua aplicabilidade aos demais os órgãos da Justiça do Trabalho (não limitada, portanto, à 2ª. instância); e o questionamento quanto à incidência sobre os servidores-parentes também ocupantes de cargo de provimento efetivo.

Por todos os julgados, é oportuna a transcrição da Decisão nº 118/94, cuja relatoria coube ao Min. Marcos Vinícios Villaça, que assim definiu:

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, decide, por unanimidade, transmitir à autoridade consulente que: 1. a consulta formulada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região se aplica, de igual modo, a todo e qualquer órgão da Justiça Trabalhista, quanto à matéria então tratada, de acordo com o § 2º do art. 210 do Regimento Interno desta Corte; 2. se caracterizada a condição de servidor titular de cargo público de provimento efetivo de Juízo ou Tribunal, esse servidor não sofrerá a restrição de que trata o art. 18 da Lei nº 7.872/89.

O TCU firmou a orientação no sentido de validar o conteúdo do art. 18 acima transcrito, reputando-o compatível com os princípios constitucionais e de observância obrigatória por todos os seus destinatários. A exceção posta no final decisão, retirando da aplicação do art. 18 os servidores já ocupantes de cargo de provimento efetivo, desde que integrantes do próprio Poder Judiciário, é explicada pela observação

constante da cota do representante do Ministério Público, Jatir Batista da Cunha, que assim pontuou:

(...) Quanto à razão que excetuou, no âmbito dos Tribunais ou Juízos, os servidores efetivos concursados, temo-la como uma proteção legal no campo do respeito à igualdade de direitos, posto que a prestação do concurso público é requisito de exigência constitucional que supera a consangüinidade e confere ao exercente do cargo efetivo as prerrogativas do exercício da função pública, em igualdade de condições com aqueles que a ela aspiram e concorrem, no mesmo órgão da mesma esfera (Judiciário).

A Lei nº 8.112, de 11 de novembro de 1990 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União), não disciplinou o assunto do mesmo modo, eis que, conquanto tenha ampliado o conteúdo do antigo estatuto⁶⁵, confinou a vedação ao vínculo de subordinação direta entre o nomeante e o nomeado, dispondo:

Art. 117. Ao servidor é proibido:
 (...)
 VIII - manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil;

As Leis nº 8.215, de 25 de julho de 1991, 8.219, de 29 de agosto de 1991, nº 8.221, de 05 de setembro de 1991, nº 8.233, de 10 de setembro de 1991, e, responsáveis pela criação da 21ª, 19ª, 22ª e 20ª Regiões do Trabalho, respectivamente, mantiveram a proscrição à nomeação de “parentes consangüíneos ou afins, até o terceiro grau, de Juízes em atividade ou aposentados há menos de cinco anos”, excepcionando expressamente os servidores que já integrassem o Quadro Funcional, desde que admitidos por concurso público⁶⁶.

Normas semelhantes foram reproduzidas em outras leis atinentes à organização do Poder Judiciário, cuja enunciação refoge ao propósito deste trabalho, exceto o destaque que há de ser feito à Lei nº 8.868, de 14 de abril de 1994, e à Lei nº 8.915, de

⁶⁵ A Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, assentava: “Art. 245, É vedado ao funcionário servir sob a direção imediata de cônjuge ou parente até o segundo grau, salvo em função de confiança ou livre escolha, não podendo exceder de dois o seu número”.

⁶⁶ O art. 17 destes diplomas, com pouquíssima diferenciação, dispunha: “Não poderão ser nomeados, a qualquer título, para funções de gabinete, cargos em comissão ou funções gratificadas da administração do Tribunal parentes consangüíneos ou afins, até o terceiro grau, de Juízes em atividade ou aposentados há menos de cinco anos, exceto se integrantes do Quadro Funcional, mediante concurso público.”

12 de julho de 1994, em razão de terem ensejado uma importante discussão junto ao Tribunal de Contas da União, no que respeita à eficácia da lei no tempo.

O primeiro dos diplomas dispunha acerca dos cargos efetivos e em comissão concernentes ao Tribunal Superior Eleitoral e respectivos Tribunais Regionais, cabendo ao segundo a alteração da composição do Tribunal Regional Federal da 2ª. Região - ambos contemplando a regra atinente ao nepotismo⁶⁷.

A discussão levada ao Tribunal de Contas da União dizia respeito à dúvida quanto à proibição do nepotismo: se incidente, ou não, sobre as nomeações anteriores à edição das leis citadas. Nas Decisões nº 77/1995 e nº 167/1995, concernentes à Lei nº 8.868/94, e na Decisão e nº 227/1995, pertinente à Lei nº 8.915/94, o Plenário da Corte, em interpretação dissonante da que fora dada no parecer do Ministério Público, entendeu hígidas as pretéritas nomeações de servidores-parentes, sustentando a aplicabilidade das vedações apenas aos atos posteriores ao advento da norma proibitiva.

O entendimento do representante do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, Lucas Rocha Furtado, todavia, versando conteúdo diametralmente oposto, bem elucidava a questão, consoante se observa do excerto de sua manifestação lançada no processo que deu origem à Decisão nº 227/1995:

(...) A questão que aqui se coloca diz respeito à eventual aplicação retroativa da Lei nº 8.915/94, que estabeleceu restrições à nomeação de parentes de juízes para cargos e funções de confiança no âmbito do Poder Judiciário. Cumpre verificar, portanto, se as pessoas contratadas antes da vigência do mencionado diploma legal são afetadas pelo disposto no art.

⁶⁷ O art. 12 da Lei nº 8.868, de 14 de abril de 1994, preceituava:

“Art. 12º Salvo se servidor efetivo de juízo ou tribunal, não poderá ser nomeado ou designado, para cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente, até o terceiro grau civil, inclusive, de qualquer dos respectivos membros ou juízes em atividade.

§ 1º Não poderá ser designado assessor ou auxiliar de magistrado qualquer das pessoas referidas no caput deste artigo”.

Já o art. 5º Lei nº 8.915, de 12 de julho de 1994, contemplava:

“Art. 5º Não poderão ser nomeados, a qualquer título, para cargos em comissão do Quadro de Pessoal do Tribunal, parentes consangüíneos ou afins, até o terceiro grau, de Juízes em atividade ou aposentados há menos de cinco anos, exceto se integrantes do quadro funcional, mediante concurso público.”

5º. O primeiro aspecto que entendemos deva ser esclarecido relaciona-se à distinção entre "efeitos retroativos" e "efeitos imediatos" produzidos pela entrada em vigor de legislação nova. Entender que a Lei nº 8.915/94 produz efeitos retroativos seria admitir que ela pudesse atingir os atos de nomeação dos servidores em questão. Esta hipótese deve ser de pronto afastada, pois implicaria violação de ato juridicamente perfeito. Hipótese diversa seria admitir a aplicação imediata da vedação introduzida em nosso direito pela mencionada lei. Ressalte-se, ainda, que o vínculo entre os servidores e a administração pública segue o regime legal, e não o contratual. Assim sendo, a lei que a disciplina pode ser a qualquer tempo modificada, sendo-lhe vedado, apenas, produzir efeitos retroativos. Por se tratar, portanto, de preceito de ordem pública, visando à realização do princípio constitucional da moralidade (C.F. art. 37, "caput"), deve o mesmo ter aplicação imediata. **Entende o Ministério Público, portanto, haver irregularidade na manutenção das contratações. Desde o advento da Lei nº 8.915/94, não é mais possível que qualquer parente de membro do Poder Judiciário possa ocupar qualquer dos cargos ou funções mencionados no art. 5º da mencionada lei, ainda que a sua nomeação tenha ocorrido antes da vigência da proibição sob comento.** Descabe falar em direito adquirido ou em ato jurídico perfeito contra instituto jurídico. Somente poder-se-ia falar em direito adquirido se a Lei nº 8.915/94 tivesse expressamente ressalvado situações já existentes, o que não se verificou. Discorda o Ministério Público, destarte, da proposição da zelosa SECEX, e entende que a proibição alcança mesmo os servidores já investidos antes da entrada em vigor do citado diploma legal. (...) Destarte, manifesta-se o Ministério Público por que seja conhecida a presente consulta, e que se considere ilegal a manutenção das contratações, posto que **a proibição prevista no art. 5º da Lei nº 8.915/94 alcança mesmo os servidores já investidos antes da sua vigência.** (grifos não integram o original)

Como se vê, ao evidenciar a impossibilidade da retroação dos efeitos da lei, o Ministério Público punha a salvo não as nomeações, mas os efeitos delas derivados, a exemplo do reconhecimento do labor executado e a contraprestação pecuniária correspondente, bem assim a legitimidade dos atos praticados pelos servidores. A partir da edição da lei proibitiva, todavia, já não se poderia invocar a existência de direito adquirido ou ato jurídico perfeito, razão por que equívoca a interpretação do TCU que conduziu à manutenção dos servidores-parentes nos cargos que ocupavam.

A menção, aqui, às Decisões nº 77/1995, nº 167/1995 e nº 227/1995 do TCU não é despropositada, posto que elas seriam invocadas como precedentes para a preservação dos atos de nomeação dos servidores-parentes, pretéritos à edição das normas proibitivas.

É o que sucedeu com a Lei nº 9.421, de 24 de dezembro de 1996, que, incumbida da criação das carreiras de Auxiliar Judiciário, Técnico Judiciário e Analista Judiciário⁶⁸, espalhou para os demais órgãos do Poder Judiciário da União a vedação ao nepotismo, ao assinalar em seu art. 10:

Art. 10. No âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo é vedada a nomeação ou designação, para os Cargos em Comissão e para as Funções Comissionadas de que trata o art. 9º, de cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, salvo a de servidor ocupante de cargo de provimento efetivo das Carreiras Judiciárias, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para servir junto ao Magistrado determinante da incompatibilidade.

Pois bem, a pretexto de fixar as regras de aplicação do referido dispositivo no âmbito do judiciário trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho, citando nominalmente aqueles precedentes do TCU, adotou a Resolução Administrativa nº 388, em 10 de abril de 1997, dispondo o que se segue:

CERTIFICO E DOU FÉ que o Egrégio Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho, em Sessão Ordinária hoje realizada, sob a Presidência do Exmo. Senhor Ministro Vice-Presidente Wagner Pimenta, no exercício regimental da Presidência, presentes os Exmos. Srs. Ministros Orlando Teixeira da Costa, Almir Pazzianotto, Ursulino Santos, José Luiz Vasconcellos, Francisco Fausto, Manoel Mendes, Vantuil Abdala, Armando de Brito, Thaumaturgo Cortizo, Galba Velloso, Valdir Righetto e o Exmo. Sr. Procurador-Geral do Trabalho, Dr. Jeferson Luiz Pereira Coelho, considerando que compete ao C. **Tribunal de Contas da União** verificar a legalidade de ato de que decorra despesa e que aquela Corte já se pronunciou acerca da aplicação de normas semelhantes ao art. 10 da Lei nº 9.421/96, **Decisões nºs 077/95, 167/95 e 227/95 do Plenário**, publicadas, respectivamente, no Diário Oficial da União, Seção I, dos dias 13/03/95, 09/05/95 e 13/06/95, RESOLVEU, por unanimidade, fixar as seguintes regras para aplicação do art. 10 da Lei nº 9.421/96: **1 - Os Órgãos da Justiça do Trabalho deverão seguir a exata observância da vedação, com efeitos a contar de 26 de dezembro de 1996, preservando-se apenas os atos jurídicos perfeitos de nomeação ou designação constituídos antes de sua vigência;** 2 - Nas regiões judiciárias em que vigoravam preceitos semelhantes em leis específicas, impõe-se sua observância a partir da data de vigência, não se

⁶⁸ A Lei nº 9.421/96 foi revogada posteriormente pela Lei nº 11.416/06, cujo art. 6º contemplou: “Art. 6º No âmbito da jurisdição de cada tribunal ou juízo é vedada a nomeação ou designação, para os cargos em comissão e funções comissionadas, de cônjuge, companheiro, parente ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros e juízes vinculados, salvo a de ocupante de cargo de provimento efetivo das Carreiras dos Quadros de Pessoal do Poder Judiciário, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para servir perante o magistrado determinante da incompatibilidade”.

convalidando por esta Resolução eventuais atos de nomeação praticados em desconformidade com tais preceitos legais; 3 - O termo jurisdição circunscreve-se à competência administrativa do Órgão, nos termos dos arts. 96, inciso I, alínea e, e 99 da Constituição Federal, assim a vedação atinge no caso do Tribunal Superior do Trabalho as funções comissionadas de seu Quadro de Pessoal e, no caso dos Tribunais Regionais do Trabalho, as respectivas funções comissionadas de seu Quadro de Pessoal, incluindo-se as Juntas de Conciliação e Julgamento da Região; 4 - Esta Resolução poderá ser revista e alterada se houver orientação uniformizadora, nos termos do art. 19, inciso II, da Lei nº 9.421/96, emanada do Supremo Tribunal Federal, diversa da aqui estabelecida. Sala das Sessões, 10 de abril de 1997. (grifou-se)

Como se vê, pretendeu o TST, com arrimo nas decisões da Corte de Contas, resguardar as nomeações realizadas anteriormente à data da publicação⁶⁹ da Lei nº 9.421/96, ao fundamento de se tratar de ato jurídico perfeito. Este propósito, todavia, motivaria a interposição, em 06/05/2002, pela Associação dos Magistrados do Brasil – AMB, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2642/DF, perante o STF, por alegada violação aos princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade.

Pelo mesmo fundamento, a Anamatra – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, deu início ao Procedimento de Controle Administrativo nº 15/2005 (PCA nº 15/05) junto ao recém criado Conselho Nacional de Justiça⁷⁰, formulando como pedido:

A rescisão da Resolução Administrativa nº 388/97 do TST, notificando os Tribunais para, no prazo de 30 dias, promoverem e comprovarem perante o Conselho Nacional de Justiça a exoneração de todos os comissionados nepotistas, mantidos em seus cargos ou funções, seja por nomeação direta, seja através de cessão ou da requisição de servidores de outros órgãos públicos, após a edição da Lei nº 9.421/96, sob pena de multa diária por dia de atraso no cumprimento da referida providência.

⁶⁹ A Lei nº 9.421/96 foi publicada em 26/12/96.

⁷⁰ O Conselho Nacional de Justiça, criado pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, com a competência para o "controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes" (CF, art. 103-B, §4º), foi instalado em 14/05/05. Importa assinalar que a criação do Conselho foi alvo de grande resistência, tendo sido objeto, inclusive, da ADI nº 3.367/DF, manejada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, a qual foi julgada improcedente.

A este processo agregou-se o Procedimento de Controle Administrativo nº 18/2005 (PCA nº 18/05), por requerimento do Conselheiro Paulo Lobo, que tinha como propósito a:

Edição de ato regulamentar que vede expressamente o nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário; que fixe prazo para que a administração desses órgãos promova a exoneração dos ocupantes dos cargos de provimento em comissão ou de funções gratificadas, que sejam cônjuges, companheiros e parentes até o terceiro grau de magistrado; que determine aos Presidentes dos Tribunais o envio a este Conselho da relação de todos os ocupantes desses cargos e funções, com indicação completa dos nomes de seus cônjuges, companheiros, ascendentes, descendentes e parentes colaterais até o terceiro grau, além da nominata dos magistrados a esses tribunais vinculados, facultando-lhes prazo para o cumprimento dessa providência.

Como visto, a inserção de normas acerca do nepotismo em leis concernentes à organização do Judiciário Federal motivaram a manifestação do Tribunal de Contas, que, por sua vez, serviram de esteio para a edição de resolução pelo TST, no sentido de ressaltar as nomeações pretéritas ao advento das proibições, privilegiando, por longo período, os servidores-parentes.

Com o Procedimento de Controle Administrativo nº 15/2005 (PCA nº 15/05) e o Procedimento de Controle Administrativo nº 18/2005 (PCA nº 18/05), colocava-se na pauta do Conselho Nacional de Justiça, entretanto, uma das mais inquietantes e intrincadas questões acerca do provimento dos cargos públicos no âmbito do Poder Judiciário, cuja decisão, como o tempo cuidaria de demonstrar, produziria conseqüências que se propagariam para além da esfera do Poder Judiciário.

5.3 A Resolução nº 07, de 18 de outubro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça

Os procedimentos de controle nº 15/05 e 18/05 foram submetidos à relatoria do Conselheiro Jirair Aram Meguerian, o qual manifestou-se, consoante se colhe da ata da 6ª. Sessão Ordinária do CNJ, ocorrida em 27/09/05, pelo indeferimento dos pedidos de rescisão da Resolução Administrativa TST nº 388/97 e da expedição de resolução sobre o tema, conquanto recomendasse o encaminhamento ao STF de “proposta de

inserção de dispositivo similar ao art. 10 da Lei nº 9.421/96 no projeto do Estatuto da Magistratura”⁷¹.

Nada obstante, acolhendo o voto divergente do Conselheiro Douglas Alencar Rodrigues, o Conselho, por maioria, decidiu desconstituir parcialmente a Resolução Administrativa nº 388/97, suprimindo a expressão “preservando-se apenas os atos jurídicos perfeitos de nomeação ou designação constituídos antes de sua vigência”, por reputá-la incompatível com os princípios da moralidade e impessoalidade. Também por maioria, concluiu o Conselho pela edição de Resolução destinada a vedar, no âmbito de todo o Poder Judiciário, o exercício de cargos comissionados e funções gratificadas por parentes de magistrados e servidores ocupantes de cargos de direção.

A decisão do CNJ ficou assim ementada:

Procedimento de Controle Administrativo. Poder Judiciário da União e do Distrito Federal e Territórios. Designação de Servidores para Cargos de confiança e funções gratificadas. Prática de nepotismo. Princípios da impessoalidade e da moralidade administrativas. Lei ordinária federal e alcance temporal da disciplina. – “Os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade administrativa, inscritos no art. 37, caput da CF, ostentam densidade normativa suficiente para inibir a prática do chamado nepotismo, razão por que não se faz necessária edição de outra norma jurídica, de caráter infraconstitucional, para coibir esse fenômeno. Disso decorre que a edição da Lei Federal nº 9.421/96, no âmbito do Poder Judiciário da União e do Distrito Federal e Territórios – definindo como atos de nepotismo as indicações de cônjuges, companheiros ou parentes até o terceiro grau, inclusive, dos membros ou dos juízes vinculados aos tribunais, ressalvadas as hipóteses em que tais servidores são ocupantes de cargos de provimento efetivo das carreiras judiciárias, quando a vedação é restrita à nomeação ou designação para servir junto ao magistrado determinante da incompatibilidade –, há de ser compreendida como instituidora de critérios objetivos destinados a qualificar a prática, assim ensejando o seu combate pelas várias instâncias e formas de controle dos atos do Poder Público. Ante o significado e a

⁷¹ O Projeto de Lei Complementar nº 144 (Estatuto da Magistratura Nacional), apresentado pelo Supremo Tribunal Federal à Câmara dos Deputados em 12/01/1992, contemplava norma específica acerca do nepotismo, dispondo em seu art. 99, que:

“Art. 99. Salvo se servidor efetivo de juízo ou tribunal, não poderá ser nomeado, para cargo em comissão, ou designado para função gratificada, cônjuge, companheiro ou parente, até o terceiro grau civil, inclusive, de qualquer dos respectivos membros ou juízes, em atividade.

Parágrafo único. Não pode ser designado assessor ou auxiliar de magistrado qualquer das pessoas referidas neste artigo.”

Conforme consulta ao site <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>, o projeto foi retirado em 10/11/2003, em face do pedido feito pelo STF, por meio do ofício nº 719/03.

eficácia normativa dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativas, não se mostra razoável sustentar que a Lei nº 9.421/96 tenha buscado legitimar os atos de nomeação e designação de servidores realizados à margem de seus critérios, ainda que processados em momento anterior ao seu advento, inexistindo, nesses casos, ato jurídico perfeito ou direito adquirido. Pedido de Providências conhecido e parcialmente acolhido. Processo de Controle Administrativo procedente (CNJ – PCA 15 – Rel. Cons. Douglas Rodrigues – 7ª Sessão – j. 18.10.2005 – DOU 24.10.2005).

Em face desta decisão, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2642/DF, outrora intentada pela Associação dos Magistrados do Brasil – AMB, em face da Resolução Administrativa nº 388/07 do TST, foi extinta pela perda superveniente do objeto, conforme despacho da Ministra Ellen Gracie, publicado no DJ de 01/02/06.

O pedido do Conselheiro Paulo Lobo constante do PCA nº 18/05, de expandir a vedação ao nepotismo a todos os órgãos do Poder Judiciário, motivou a edição da Resolução nº 07, aprovada por unanimidade na 7ª. Sessão Ordinária do CNJ, de 18/10/05, cujo texto final, com as alterações posteriormente promovidas pela Resoluções nº 09/05 e nº 21/06, consignou:

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições,

CONSIDERANDO que, nos termos do disposto no art. 103-B, § 4º, II, da Constituição Federal, compete ao Conselho zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei;

CONSIDERANDO que a Administração Pública encontra-se submetida aos princípios da moralidade e da impessoalidade consagrados no art. 37, *caput*, da Constituição;

RESOLVE:

Art. 1º É vedada a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo nulos os atos assim caracterizados.

Art. 2º Constituem práticas de nepotismo, dentre ou tras:

I - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados;

II - o exercício, em Tribunais ou Juízos diversos, de cargos de provimento em comissão, ou de funções gratificadas, por cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de dois ou mais magistrados, ou de servidores investidos em cargos de direção ou de assessoramento, em circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra do inciso anterior mediante reciprocidade nas nomeações ou designações;

III - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

IV - a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, bem como de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

V – a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, de pessoa jurídica da qual sejam sócios cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, ou servidor investido em cargo de direção e de assessoramento.

§ 1º Ficam excepcionadas, nas hipóteses dos incisos I, II e III deste artigo, as nomeações ou designações de servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras judiciárias, admitidos por concurso público, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo de origem, a qualificação profissional do servidor e a complexidade inerente ao cargo em comissão a ser exercido, vedada, em qualquer caso a nomeação ou designação para servir subordinado ao magistrado ou servidor determinante da incompatibilidade (Redação dada pela Resolução nº 21/2006)⁷².

§ 2º A vedação constante do inciso IV deste artigo não se aplica quando a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público houver sido precedida de regular processo seletivo, em cumprimento de preceito legal.

Art. 3º São vedadas a contratação e a manutenção de contrato de prestação de serviço com empresa que tenha entre seus empregados cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive de ocupantes de cargos de direção

⁷² A redação originária era:

“§1º Ficam excepcionadas, nas hipóteses dos incisos I, II e III deste artigo, as nomeações ou designações de servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras judiciárias, admitidos por concurso público, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo de origem, ou a compatibilidade da atividade que lhe seja afeta e a complexidade inerente ao cargo em comissão a ser exercido, além da qualificação profissional do servidor, vedada, em qualquer caso, a nomeação ou designação para servir subordinado ao magistrado ou servidor determinante da incompatibilidade.”

e de assessoramento, de membros ou juízes vinculados ao respectivo Tribunal Contratante. (Redação dada pela Resolução nº 09/2005)⁷³

Art. 4º O nomeado ou designado, antes da posse, declarará por escrito não ter relação familiar ou de parentesco que importe prática vedada na forma do artigo 2º

Art. 5º Os Presidentes dos Tribunais, dentro do prazo de noventa dias, contado da publicação deste ato, promoverão a exoneração dos atuais ocupantes de cargos de provimento em comissão e de funções gratificadas, nas situações previstas no art. 2º, comunicando a este Conselho.

Parágrafo único. Os atos de exoneração produzirão efeitos a contar de suas respectivas publicações.

Art. 6º O Conselho Nacional de Justiça, em cento e oitenta dias, com base nas informações colhidas pela Comissão de Estatística, analisará a relação entre cargos de provimento efetivo e cargos de provimento em comissão, em todos os Tribunais, visando à elaboração de políticas que privilegiem mecanismos de acesso ao serviço público baseados em processos objetivos de aferição de mérito.

Art. 7º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Vê-se que o texto da Resolução tem espectro amplo, posto que abrangia não apenas a admissão aos cargos, empregos e funções públicos, como também os contratos de prestação de serviços firmados pelos tribunais.

Com efeito, examinando o art. 2º, observa-se, nos três primeiros incisos, a limitação ao provimento de cargos em comissão e de funções gratificadas⁷⁴, de modo a afastar o cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de *juízes ou de membros do Tribunal* (inc. I) como também dos *servidores investidos em cargo de direção*⁷⁵ ou *assessoramento* (inc. III). O inciso II, por seu turno, cuida do “nepotismo cruzado”, situado nas hipótese de concessão de

⁷³ Em sua versão originária, dispunha: “Art. 3º É vedada a manutenção, aditamento ou prorrogação de contrato de prestação de serviços com empresa que venha a contratar empregados que sejam cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de ocupantes de cargos de direção e de assessoramento, de membros ou juízes vinculados ao respectivo Tribunal contratante, devendo tal condição constar expressamente dos editais de licitação”.

⁷⁴ Será vista adiante a exegese que se deve emprestar à expressão “funções gratificadas”.

⁷⁵ O STF, ao julgar a ADC nº 12, deu interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo “direção” nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º da Resolução nº 07/05.

favores recíprocos entre Tribunais ou Juízos diversos, com o fito de ladear a aplicação da regra citada ⁷⁶.

Excepcionando a incidência destes dispositivos, o §1º do mesmo artigo, com a redação dada pela Resolução nº 21/06, reporta-se aos servidores concursados, desde que cumpram, cumulativamente, as seguintes condições: admissão por concurso público; nomeação compatível com o grau de escolaridade do cargo de origem; qualificação profissional do servidor e a complexidade inerente ao cargo em comissão a ser exercido.

A segunda hipótese caracterizadora de nepotismo, segundo o CNJ (inciso IV, art. 2º) incide sobre a previsão constante do art. 37, IX, da CF, que, como já visto, versa sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, proibição somente excepcionada se a contratação houver sido precedida de regular processo seletivo (art. 2º, §2º, da Resolução nº 07/05).

O inciso V versa sobre situação diversa, já que não trata da admissão ao serviço público, mas da contratação de serviços⁷⁷. O cuidado aí diz respeito aos casos em que a Lei Licitatória afasta a necessidade de ampla seleção isonômica, quais sejam: a dispensa de licitação (art. 24 da Lei 8.666/93) e a inexigibilidade de licitação (art. 25 Lei 8.666/93). O art. 3º, por sua vez, tem presente a influência que autoridades, no exercício da função administrativa, exercem na designação de empregados de empresas com as quais sejam firmados vínculos de contratos de serviços, notadamente nos denominados contratos de terceirização.

⁷⁶ O Enunciado Administrativo nº 01, de 28/11/06, estabeleceu critérios para interpretação da Resolução nº 07/05, cuidando o Enunciado Administrativo nº 07, de 21/06/07, de estender a aplicação das normas aos estagiários dos Tribunais.

⁷⁷ A Lei 8.666/93 denomina de “execução indireta – a que o órgão ou entidade contrata com terceiros (...)” (art. 6, VIII), em oposição à “execução direta - a que é feita pelos órgãos e entidades da Administração, pelos próprios meios” (art. 6, VII).

5.4 A ADC nº 12 e a Constitucionalidade da Resolução nº 07/05

A edição da Resolução nº 07/05 enfrentou tenaz resistência⁷⁸ por parte de setores do Poder Judiciário. Em defesa da norma, a Associação dos Magistrados Brasileiros–AMB, protocolou a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, em 02/02/06, a fim de ver confirmada a legitimidade do ato⁷⁹.

Distribuída a ação ao Min. Carlos Britto, o Tribunal, em 16/02/06, por maioria, deferiu liminar, com efeito vinculante e *erga omnes*, para obstar o julgamento dos processos que tinham por objeto questionar a constitucionalidade da Resolução nº 07/05, bem assim que juízes e tribunais proferissem decisões que impedissem ou afastassem sua aplicabilidade, além de suspender os efeitos das decisões já proferidas⁸⁰.

A linha de pensamento trilhada pelo relator consistiu em indagar se a Constituição houvera atribuído ao Conselho Nacional de Justiça a prerrogativa de expedir normas primárias, i.e., capazes de extrair seu fundamento de validade diretamente da Carta Constitucional, ou se, ao revés, o exercício de suas funções estaria confinado à edição das normas secundárias, é dizer, cuja validade estaria na dependência de diploma jurídico já adotado.

⁷⁸ O Colégio de Corregedores-Gerais de Justiça dos Estados, reunido na cidade de Maceió, em Alagoas, no período de 08 a 11 de novembro de 2005, adotou a denominada CARTA DE MACEIÓ, decidindo:

"1. REPUDIAR a forma de atuação do Conselho Nacional de Justiça que, violando princípios da Constituição Federal, impõe procedimentos que cerceiam o autogoverno dos Tribunais de Justiça do Brasil e usurpam as atribuições do Poder Legislativo.

2. CONDENAR a prática do nepotismo nos três Poderes da República, **que deve ser coibida por norma editada pelo Congresso Nacional.**

3. SUGERIR aos Tribunais de Justiça que, sem perderem de vista os princípios norteadores de suas ações, resistam ao cumprimento de determinações do Conselho Nacional de Justiça que impliquem o desrespeito à Constituição da República e às demais normas válidas do sistema jurídico.

4. PONTIFICAR que a adoção desta postura decorre da possibilidade de transformação do Conselho Nacional de Justiça em órgão típico de regime de exceção, atentando contra o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais da cidadania." (grifou-se) Texto disponível em http://www.tj.sc.gov.br/informativos/cnj_1.pdf. Acesso em 30/10/09.

⁷⁹ Como registrou o Min. Gilmar Mendes em voto na cautelar da ADC nº 12, a AMB questionara, em data pretérita, a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade, ao propor a ADI nº 913 contra a Emenda Constitucional nº 03. Também a AMB foi a autora da ADI 3.367, contrária à criação do CNJ. Agora, curiosamente, manejava a ação declaratória para confirmar ato do Conselho Nacional de Justiça.

⁸⁰ A decisão foi publicada no D.J e no DOU de 21/02/06.

Concluiu o Min. Carlos Britto pela possibilidade de o CNJ “debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais”, admitindo a validade da Resolução nº 07/05, que a seu juízo extrai dos princípios constitucionais da impessoalidade, eficiência e igualdade o seu fundamento da validade, conforme justifica em seu voto:

(...) I – o da **impessoalidade**, consistente no descarte do personalismo. Na proibição do marketing pessoal ou de auto-promoção com os cargos, as funções, os empregos, os feitos, as obras, os serviços e campanhas de natureza pública. Na absoluta separação entre o público e o privado, ou entre a Administração e o administrador, segundo a republicana metáfora de que ‘não se pode fazer cortesia com o chapéu alheio’. Conceitos que se contrapõem à multissecular cultura do patrimonialismo e que se vulnerabilizam, não há negar, com a prática do chamado ‘nepotismo’. Traduzido este no mais renitente vezo da nomeação ou da designação de parentes não-concursados para trabalhar, comissionadamente ou em funções de confiança, debaixo da aba familiar dos seus próprios nomeantes. Seja ostensivamente, seja pela fórmula enrustida do ‘cruzamento’ (situação que uma autoridade recruta o parente de um colega para ocupar cargo ou função de confiança, em troca do mesmo favor).

II- o **princípio da eficiência**, a postular o recrutamento de mão-de-obra qualificada para as atividades públicas, sobretudo em termos de capacitação técnica, vocação para as atividades estatais, disposição para fazer do trabalho um fiel compromisso com a assiduidade e uma constante oportunidade de manifestação de espírito gregário, real compreensão de que servidor público é, em verdade, servidor do público. Também estes conceitos passam a experimentar bem mais difícil possibilidade de transporte para o mundo das realidades empíricas, se praticadas num ambiente de projeção do doméstico na intimidade das repartições estatais, a começar pela óbvia razão de que já não se tem a necessária isenção, em regra, quando se vai avaliar a capacitação profissional de um parente ou familiar (...).

III – o **princípio da igualdade**, por último, pois o mais facilitado acesso de parentes e familiares aos cargos em comissão e funções de confiança traz consigo os exteriores sinais de uma prevalência do critério doméstico sobre os parâmetros da capacitação profissional (mesmo que não seja sempre assim). Isto sem mencionar o fato de que essa cultura da prevalente arregimentação de mão-de-obra familiar ou parental costuma carrear para os núcleos domésticos assim favorecidos uma super-afetação de renda, poder político e prestígio social. (...) (grifou-se)

O princípio da moralidade não foi elencado pelo Min. Carlos Britto como fundamento direto da proscrição ao nepotismo, por entender que o ilícito moral, conquanto existente, é decorrência lógica da inobservância dos três outros princípios citados.

Diferentemente, o Min. Joaquim Barbosa extraiu do princípio da moralidade o fundamento de validade da Resolução nº 07/05, dizendo tratar-se de norma que observa duplamente o princípio, visto que “é, em si, ato que prima pelos preceitos éticos e, a par disso, impõe sejam estes obedecidos”. Também o Ministro Celso de Mello perfilhou este entendimento, ao asseverar que toda a atividade estatal está subordinada à observância os parâmetros ético-jurídicos refletidos no princípio da moralidade, o qual se qualifica, conforme aduziu em seu voto:

(...) Como valor constitucional impregnado de substrato ético e erigido à condição de vetor fundamental no processo de poder, condicionando, de modo estrito, o exercício, pelo Estado e por seus agentes, da autoridade que lhes foi outorgada pelo ordenamento normativo. Esse postulado, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos, nos quais se funda a própria ordem positiva do Estado.

É por essa razão que o princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle de todos os atos do poder público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos órgãos e dos agentes governamentais, não importando em que instância de poder eles se situem. (...)

Delinearam-se, assim, os quatro princípios balizadores da interpretação constitucional, focada na impessoalidade, eficiência, igualdade e moralidade, os quais seriam confirmados no julgamento do mérito da ação, ocorrido em em 20/08/08, cujo Acórdão, publicado em 18/12/2009 no DJE nº 237, teve a seguinte ementa:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE “DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS”. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos **princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade**.

2. Improcedência das alegações de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio federativo. O CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois. O Poder Judiciário tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada

com o caráter *estadualizado* de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, *caput*, junte essa organização aos princípios “*estabelecidos*” por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça.

3. Ação julgada procedente para: a) emprestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo “*direção*” nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco; b) declarar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça. (grifos não integram o original)

Com a decisão, reconheceu-se ao CNJ a competência para a prática do ato normativo⁸¹. No mérito, o STF validou o conteúdo⁸² da Resolução nº 07/05, entendendo derivar diretamente dos princípios da impessoalidade, eficiência, igualdade e moralidade previstos na Constituição⁸³.

Da análise dos votos dos Ministros que participaram do julgamento, se observa que a proscrição ao nepotismo não poderia ficar circunscrita à declaração de constitucionalidade da Resolução nº 07/05, porquanto os fundamentos constitucionais invocados extravasavam o seu âmbito de aplicação para muito além da esfera do Poder Judiciário. Extrai-se, com razão, do voto do Ministro Celso de Mello:

(...) Sabemos que o Estado, no exercício das atividades que lhe são inerentes, inclusive na esfera institucional do Poder Judiciário, não pode ignorar os princípios essenciais, que derivando da constelação axiológica que confere substrato ético às ações do Poder Público, proclamam que as funções governamentais, não importa se no âmbito do Poder Executivo, no âmbito do Poder Legislativo ou no domínio do Poder Judiciário, hão de ser exercidas com estrita observância dos postulados a igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa. (...)

É importante registrar que a *interpretação conforme a Constituição* dada na ADC nº 12, para incluir na função de chefia o substantivo “*direção*”, constante dos incisos II, III, IV e V do artigo 2º da Resolução nº 07/05, teve por escopo compatibilizar a

⁸¹ Em consonância com o entendimento firmado na ADI 3.367/DF, que admitiu a validade da criação do do Conselho Nacional de Justiça.

⁸² Nos termos do voto do relator, a decisão de constitucionalidade apenas não alcançou o art. 3º da Resolução, em razão de seu conteúdo ter sido modificado pela Resolução nº 09/05.

⁸³ Consoante a Ministra Carmen Lúcia, para se reconhecer a constitucionalidade da vedação às contratações de parentes, não seria nem mesmo necessária a existência de princípio expresso, sendo bastante “a ética democrática e a exigência republicana contidas no art. 1º, da Constituição, para se impor a proibição de maneira definitiva, direta e imediata a todos os Poderes da República.”

inteligência da Resolução nº 07/05 com os conceitos definidos no art. 37, V, da CF, que se reporta às “atribuições de direção, chefia e assessoramento”

Deduzir a “chefia” do substantivo “direção”, conforme o Ministro Gilmar Mendes, decorria da “necessidade de que nós não tenhamos aqui qualquer risco, qualquer dúvida, qualquer possibilidade de evasão da interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal”⁸⁴.

Discutiu-se na ADC nº 12, outrossim, o limite da extensão do parentesco, já que a definição do 3º grau, para efeito da afinidade, constante do texto da Resolução nº 07/05, contraria a legislação civil⁸⁵. Deveras, com Maria Helena Diniz (2008, p. 431), sendo o parentesco a relação que se estabelece “não só entre pessoas que descendem umas das outras ou de um mesmo tronco comum, mas também entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro, entre adotante e adotado e entre pai institucional e filho socioafetivo”, são três as suas espécies, quais sejam: a) natural ou consangüíneo, b) afim e c) civil.

Por parentesco *natural ou consangüíneo*, entende-se o vínculo que se estabelece entre pessoas que descendem de um mesmo tronco ancestral e que se encontram unidas por um vínculo de sangue (art. 1.593 CC, primeira parte). Já a afinidade se reconhece no vínculo estabelecido entre o cônjuge ou companheiro e os

⁸⁴ Contra, reputando desnecessária a *interpretação conforme*, os Ministros Menezes Direito e Marco Aurélio, por entenderem que a expressão “direção” já incluiria os cargos de “chefia”.

⁸⁵ De acordo com o novo Código Civil:

Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.

Art. 1.592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.

Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

Art. 1.594. Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente.

Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

§ 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

§ 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.

irmãos, ascendentes e descendentes do outro (art. 1.595 caput e §1º CC). O civil, finalmente, resulta de causa diversa da consangüinidade (art. 1.593 CC, parte final).

Ainda de acordo com o Código Civil, não há limitação do parentesco quando contado em linha reta (art. 1.591), ou seja, entre ascendentes e descendentes, diferentemente do parentesco colateral ou transversal, em que o limite se dá até o quarto grau (art. 1.592). Quando se trata do vínculo por afinidade, todavia, dispõe o art. 1595, §1º, que, na linha colateral, o parentesco restringe-se aos irmãos do cônjuge ou companheiro, isto é, limita-se ao 2º grau (cunhados).

É certo que, em seu voto, proferido em sede cautelar, o Ministro Carlos Britto pronunciou-se pela necessidade de conferir-se interpretação conforme para confinar o parentesco por afinidade, na linha colateral, “aos irmãos do cônjuge ou companheiro”, como dispõe a lei civil. Após os debates, nada obstante, aquiesceu o relator com as ponderações lançadas pelos Ministros Nelson Jobim e Cezar Peluso, para admitir o 3º grau como um critério de inibição, na mesma linha do entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence, para quem

(...) não há conceito constitucional de parentesco ou da extensão do parentesco. Por isso, a uma norma infraconstitucional válida é dado atribuir, para determinados efeitos, conceitos diversos daquele insculpido no Código Civil (...).

Delineados os contornos do nepotismo a partir da Resolução nº 07/05 do CNJ, o prenúncio da extensão de sua mensagem para além dos órgãos do Poder Judiciário se observaria no Recurso Extraordinário 579.951-4 (Rio Grande do Norte), que foi levado a julgamento no mesmo dia em que apreciada a ADC nº 12.

5.5 O Recurso Extraordinário 579.951-4 (Rio Grande do Norte)

O Recurso Extraordinário 579.951-4 tinha como objeto o Acórdão oriundo do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte que, julgando apelação em ação declaratória de nulidade de ato, concluiu inexistir inconstitucionalidade ou ilegalidade na

nomeação, pelo prefeito do Município de Água Nova, de E.R.S, irmão de vereador, para o cargo em comissão de Secretário Municipal de Saúde, bem como de F.S.N, irmão do Vice-Prefeito, para o cargo em comissão de motorista.

A decisão recorrida havia considerado inaplicável a Resolução CNJ nº 07/05 ao Executivo e ao Legislativo, argumentando que: a vedação à prática do nepotismo no âmbito desses poderes exigiria a edição de lei formal; que a Constituição não estabelecia qualquer limitação relacionada ao grau de parentesco porventura existente; e que a própria Carta Magna permitiria o "nepotismo", ao conferir ao administrador público a liberdade para prover parte dos cargos que tem à sua disposição com pessoas de sua confiança.

Escudando-se na principiologia haurida da Constituição, o Ministro Ricardo Lewandowski votou pelo provimento parcial do recurso extraordinário, para declarar nulo o ato de nomeação de F.S.N., "considerando hígida a nomeação do agente político E.R.S., em especial por não ter ficado evidenciada a prática do nepotismo cruzado". A decisão, unânime, ensejou o Acórdão publicado no Dje de 24/10/08, cuja ementa se transcreve:

EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO AO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE.

I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita.

II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática.

III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

IV - Precedentes.

V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão.

A tese de fundo, como reconhecido nos debates, asseverava a aplicação imediata dos princípios do art. 37, independentemente de legislação infraconstitucional. Merece realce, outrossim, a discussão travada no que respeita à distinção entre agente político e servidor público, para efeito de caracterização do nepotismo.

No caso específico, o Tribunal manteve a nomeação do Secretário Municipal de Saúde por reconhecer tratar-se de cargo de natureza política, não tendo sido caracterizada, outrossim, a existência de troca de favores, já que o vínculo de parentesco era com o vereador e não com a autoridade nomeante (prefeito). A função de motorista, todavia, versando sobre atividade de natureza administrativa⁸⁶, e para exercício no gabinete do Vice-Prefeito, foi entendida como prática nepótica, a motivar a invalidação do ato.

Com os quatro julgamentos citados, ADI 1.521 (tópico 4.7), MS 23.780-5 (tópico 4.7), ADC nº 12, cautelar e principal (tópico 5.4), e o Recurso Extraordinário 579.951-4 (tópico 5.5), entenderam-se firmados os precedentes para a aprovação, em 21/08/08, da Súmula Vinculante nº 13, que consolidaria o entendimento da Corte Constitucional acerca do nepotismo.

5.6 A Súmula Vinculante nº 13 do STF e seu conteúdo jurídico

A possibilidade de o STF adotar súmulas com efeito vinculante foi admitida pela Emenda Constitucional nº 45/04, responsável pela introdução do art. 103-A na Carta de 1988, com o seguinte teor:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

O dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, sendo certo que a primeira súmula vinculante foi aprovada na

⁸⁶ O cargo de motorista, aliás, é incompatível com a nomeação em comissão, por não se referir a chefia, direção ou assessoramento (art. 37, V, da CF).

sessão plenária de 30/05/07, versando sobre a atualização de saldos do FGTS a que se refere a Lei Complementar nº 110/2001.

As discussões acerca da Súmula Vinculante nº 13 foram iniciadas na sessão ordinária realizada em 20 de agosto de 2008, em razão de proposta formulada pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Após intenso debate acerca das minúcias da própria redação, e com a concordância da Procuradoria-Geral da República, foi aprovado o texto final, em 21/08/08, com a redação seguinte, levada à publicação no DJe nº 162, em 29/8/2008, e no DOU de 29/8/2008:

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, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Como antedito, a adoção da Súmula Vinculante nº 13 baseou-se em quatro precedentes (ADI 1.521, MS 23.780-5, ADC nº 12, cautelar e principal, e o Recurso Extraordinário 579.951-4).

Examinando o texto da súmula a partir de seus precedentes é possível, individualizar cinco núcleos semânticos que orientam o delineamento do conceito jurídico do nepotismo, os quais serão vistos a seguir.

5.6.1 Destinatários da vedação

A súmula consigna como sujeitos de sua incidência o “cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, este inclusive”.

Note-se que, embora o parentesco por afinidade já estivesse implícito na expressão “parente”, o texto sumular tratou desta espécie de forma explícita, a fim de acentuar que a interpretação constitucional acerca do nepotismo avança para além do

liame de parentesco definido no Código Civil⁸⁷, consoante o entendimento adotado no julgamento da ADC nº 12 (como visto no tópico 5.4)

A redação da súmula neste ponto, entretanto, não prima pela clareza, posto não estabelecer qualquer ressalva quanto ao abandono do conceito civil, o que culmina por contrariar o propósito maior de sua adoção, que é evitar “controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão” (art. 2º, §1º, da Lei 11.417/06). A esse propósito, aliás, a acerba crítica endereça por José Sérgio Monte Alegre (2009, p. 2), segundo quem:

A despeito, e em respeitosa divergência, penso que o STF foi longe demais e merece uma segunda chance... Realmente, ainda quando se trate de assunto específico, ou seja, para fins de proibição a servidores de desempenho de atribuições de direção, chefia e assessoramento, na Administração Direta e Indireta. Veja-se que essa conceituação fragmentada de categorias jurídicas, dada somente para certo e determinado fim, não é estranha ao Direito Positivo brasileiro, embora engendre grave insegurança jurídica, expressão de contraponto ao direito fundamental à segurança (Art. 5º, caput, da CF) e que, só por isso, já não deveria ser admitida.

Valendo-se exatamente da aparente impropriedade do texto sumular, a Comissão Diretora do Senado Federal, ao disciplinar a aplicação do verbete no âmbito daquela Casa Legislativa, editou o Ato nº 7, aprovando o Enunciado nº 13 da Advocacia do Senado Federal, que, entre outras considerações, assinalava em seu inc. II que a proscricção de parentes afins, na linha colateral, haveria de limitar-se ao 2º grau, “por força do que dispõe o §1º do art. 1.595, do Código Civil Brasileiro⁸⁸.”

⁸⁷ Como visto, o Código Civil confina o parentesco por afinidade na linha colateral aos “irmãos do cônjuge ou companheiro” (art. 1.595, §1º), ou seja, ao 2º grau.

⁸⁸ O Ato nº 07 motivou a propositura, em 21/10/08, da Reclamação 6838, promovida pela Procuradoria Geral da República, sob a alegação de contrariedade à aplicação da Súmula. A ação foi extinta em razão da perda do objeto, haja vista a revogação do Ato nº 07 pelo Ato nº 49 do Presidente do Senado, publicado em 22/10/08. É digno de enlevo que no despacho que extinguiu o processo, datado de 15/06/09 e divulgado no Dje de 23/06/09, o Min. Cezar Peluzo destacou o pedido formulado pelo Procurador-Geral da República, no sentido de que a Corte Suprema definisse a precisa compreensão da Súmula Vinculante nº 13, a fim de que o “Ministério Público tenha conhecimento dos parâmetros precisos de sua compreensão para que possa exercer com segurança as atribuições”. Em razão do pedido do Procurador-Geral da República, o Min. Cezar Peluzo determinou a extração de cópia da manifestação, a fim de que fosse encaminhada à Presidência.

Para o Tribunal Constitucional, não estando em pauta os efeitos civis da definição do parentesco, mas a salvaguarda dos princípios constitucionais - dentre os quais o da impessoalidade, nada obsta a ampliação do impedimento para atingir o 3º grau por afinidade na linha colateral.

5.6.2 Agentes determinantes da incompatibilidade

No que respeita aos agentes determinantes da incompatibilidade, observa-se que a súmula reporta-se ao vínculo existente entre o pretendente ao cargo ou função e a “autoridade nomeante” ou “servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento”.

A proposta original apresentada pelo Ministro Ricardo Lewandowski contemplava a expressão “órgão”, em lugar de “pessoa jurídica”, o que denota plexos diferentes da organização burocrática, redundando significados completamente diversos.

A ata concernente aos debates registra as considerações da Ministra Cármen Lúcia no que respeita ao pequeno alcance da expressão “órgão”, haja vista que atingiria unicamente a relação hierárquica direta, desconsiderando a circunstância de segmentar-se Administração Pública em diversos órgãos⁸⁹.

⁸⁹(...) EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ministro Cezar Peluso, estou perguntando ao eminente Ministro-Relator sobre essa expressão “...ou de servidor do mesmo órgão...”. Porque “mesmo órgão”... a administração pública é um conjunto de órgãos. Por exemplo, não se nomeia para este órgão, mas se nomeia para outro órgão onde não há a pessoa e, aí, não é nem uma contratação cruzada. Aí é apenas a relação hierárquica de chefia, e não é isso. O nepotismo proíbe que se utilize a questão pessoal para nomeações e, aí, não é o órgão.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Ministra, pode-se fazer uma nomeação, por exemplo, em Brasília, de alguém que seja parente; a mesma coisa no Estado do Amazonas, por exemplo.

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Sim, mas aí é outra entidade, não é órgão.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sim, Vossa Excelência está propondo substituir “órgão” por que palavra?

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Estou apenas questionando exatamente o significado disso aqui. Porque, em uma administração pública, inclusive direta e indireta, pode-se, se se entender que está vedado na administração direta e para uma outra entidade da indireta, nomear. (...)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, talvez para responder ou atender à sugestão da Ministra : “servidor”. Por que botar “...da mesma pessoa jurídica...”?

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Talvez, sim.

Com efeito, Celso Antonio Bandeira de Mello (1987, p. 69) assinala que:

os órgãos não são pessoas e não se distinguem do Estado. Nada mais significam que os círculos de atribuições, os feixes individuais de poderes funcionais repartidos no interior da personalidade estatal e expressados através dos agentes neles providos. Os órgãos são meras constelações de funções unitariamente consideradas, cuja reunião coincide com a totalidade das atribuições do Estado, viabilizadas, em seus diversos segmentos, pela atuação dos servidores públicos prepostos ao desempenho delas.

É pelo princípio da desconcentração, outrossim, que se promove a distribuição do serviço entre os diversos órgãos de uma mesma pessoa jurídica, garantindo-se, por

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - "...da mesma pessoa jurídica.."?
 A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Sim, porque aí pode ser de qualquer órgão, não dentro do mesmo órgão.
 O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - "... servidor da mesma pessoa jurídica...".
 Fica mais amplo.
 A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - E aí também não impede o que lembrou Vossa Excelência.
 O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - "... da mesma pessoa jurídica...".
 O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Por favor, como ficou então?
 O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - "...da mesma pessoa jurídica investido"...
 etc. (...)
 O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Ainda acho que "órgão" fica melhor do que "pessoa jurídica".
 A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas "órgão" fica só "aquele órgão".
 O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - É. Pode ser só um setor, uma seção.
 A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Pode ser outro órgão, mas da mesma entidade.
 O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - É melhor para se evitar dúvida. É até mais abrangente.
 O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - A pessoa jurídica da União. Compreende toda a Justiça Eleitoral do Brasil, em todos os Estados, aqui no TSE. Acho que órgão está mais de acordo com essa imediatidade de vínculo entre o nomeante e o nomeado.
 O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Mas acho que a idéia é abranger, na verdade, a pessoa jurídica. Porque, se houver intervalos nas relações, por exemplo, entre o prefeito, ele não pode nomear nem - parece que isso decorre do espírito - no seu gabinete, nem na secretaria de fazenda. Então tem a vantagem.
 A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Exatamente. São dois órgãos diferentes.
 O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Tem essa vantagem, é mais amplo.
 O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - É esse o espírito, parece-me -, não é?
 O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Ou seja, a proibição se faz mais rígida.
 A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Nem na secretaria da saúde, nem na secretaria da administração. São dois órgãos diferentes.
 O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Se o espírito é esse, está melhor. A proibição se faz mais rígida e é muito mais difícil de fraude, de contorno. Está melhor assim: "pessoa jurídica". Apenas eu faria uma sugestão. Eu colocaria: "... viola a Constituição Federal a nomeação..." tal, tal... Não deixaria para o fim, não. Ordem direta.

esta via, a unidade da entidade, que, sob o princípio da hierarquia, sustenta os diversos patamares da organização burocrática.

O propósito da Ministra Carmen Lúcia, portanto, seria evitar que se validasse a nomeação de um parente para órgão diverso daquele ocupado pela autoridade nomeante, conquanto se tratasse de seções dentro da mesma entidade jurídica. Deduz-se dos debates, outrossim, que a intenção da Ministra seria alcançar a Administração Pública como um todo, o que compreenderia não somente a administração direta como a indireta.

A proposta de substituição da expressão por “pessoa jurídica”, formulada pelo Ministro Cezar Peluso e aceita por seus pares, pretendeu resolver o problema suscitado, porquanto traduziria maior rigidez à proibição, conforme exprimiu o Ministro Carlos Britto, embora ele mesmo já houvesse divisado os problemas passíveis de serem originados com a aplicação da súmula, ao avaliar a extensão da pessoa jurídica da União.

Com efeito, a alteração das expressões não é singela, tornando-se capaz de suscitar ainda maiores controvérsias, haja vista a complexa organização da Administração Pública no Estado brasileiro, na qual a função administrativa é exercida por unidades federativas diversas e não constitui exclusividade do Poder Executivo.

Para ficar no exemplo citado pelo Ministro Carlos Britto, é bastante situar que a União, entidade federativa a que se reconhece a personalidade jurídica de direito público (art. 41 do Código Civil⁹⁰), faz incidir sua ordem jurídica sobre todo o território

⁹⁰ Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.

nacional, consoante o escólio de José Afonso da Silva (2007, p. 493), compondo-se, nos termos do art. 2º da CF, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, “independentes e harmônicos” entre si.

Pelo rigor da súmula, pois, no âmbito da União seria suficiente para se caracterizar a proibição, a existência de vínculo familiar entre o pretendente ao cargo com qualquer outro servidor federal da administração direta “investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento”, ainda que para exercício na repartição mais longínqua do centro de poder responsável pela nomeação, uma vez que lhe é bastante a submissão à mesma pessoa jurídica.

Por outra via, se o espaço para aferição do nepotismo é o da mesma pessoa jurídica, o fato é que, ao contrário da pretensão da Ministra Carmen Lúcia, dele se alheiam as nomeações para cargos em comissão e funções de confiança de entidades da administração indireta, por se tratarem estas de pessoas jurídicas diversas da instituidora. É esta a conclusão de José Sérgio Monte Alegre (2009, p. 8), para quem:

(...) definido o parentesco com a identificação do agente determinante do impedimento, tudo fica acantonado à mesma pessoa jurídica, não se estendendo a outra, dela diversa. Sirvo-me de exemplo: o parente determinante do impedimento é do quadro do Executivo – Administração Direta do Estado de Sergipe; o seu parente, tal como limitado pela Súmula, não pode ser nomeado para qualquer órgão, seja este Secretaria ou não, do Estado de Sergipe – Administração Direta; todavia, nada impede que o seja para uma autarquia ou fundação de direito público da Administração Indireta, pois que estas são pessoas jurídicas que com o Estado não se confundem.

Neste passo, importa situar a edição do Decreto nº 7.203, de 04 de junho de 2010, pelo Chefe do Poder Executivo Federal, que, com o propósito de disciplinar a vedação ao nepotismo no âmbito da administração pública federal, determinou:

Art. 2º Para os fins deste Decreto considera-se:

I - órgão:

- a) a Presidência da República, compreendendo a Vice-Presidência, a Casa Civil, o Gabinete Pessoal e a Assessoria Especial;
- b) os órgãos da Presidência da República comandados por Ministro de Estado ou autoridade equiparada; e
- c) os Ministérios;

II - entidade: autarquia, fundação, empresa pública e sociedade de economia mista; e

(...)

Parágrafo único. Para fins das vedações previstas neste Decreto, **serão consideradas como incluídas no âmbito de cada órgão as autarquias e fundações a ele vinculadas.**

Art. 3º **No âmbito de cada órgão e de cada entidade**, são vedadas as nomeações, contratações ou designações de familiar de Ministro de Estado, familiar da máxima autoridade administrativa correspondente ou, ainda, familiar de ocupante de cargo em comissão ou função de confiança de direção, chefia ou assessoramento, para:

I - cargo em comissão ou função de confiança;

II - atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público, salvo quando a contratação tiver sido precedida de regular processo seletivo; e

III - estágio, salvo se a contratação for precedida de processo seletivo que assegure o princípio da isonomia entre os concorrentes.

(...)

§ 2º As vedações deste artigo estendem-se aos **familiares do Presidente e do Vice-Presidente da República e, nesta hipótese, abrangem todo o Poder Executivo Federal.**

(grifou-se)

Ao conceituar o que deve ser entendido como órgão e como entidade, o Decreto verte um conteúdo peculiar. Note-se que, ao setorizar a Administração Pública Federal (art. 2º, I, a, b, c e II), fazendo uso, a seguir, da expressão “no âmbito de cada órgão e de cada entidade” (art. 3º, caput), pretendeu dar à caracterização do nepotismo um raio de incidência mais restrito do que aquele vertido na Súmula Vinculante nº 13, que se reporta a “pessoa jurídica”. Veja-se, ademais, que a proscrição de familiares somente alcança todo o Poder Executivo Federal quando se trata de familiares do Presidente e do Vice-Presidente da República (art. 3º, §2º).

Por outro lado, observa-se que a normativa faz incluir no âmbito da proibição as autarquias e fundações vinculadas⁹¹ aos órgãos, o que não alcança as autarquias e fundações vinculadas aos outros órgãos da Administração Federal, tampouco as empresas públicas e sociedades de economia mista.

⁹¹De acordo com o parágrafo único do art. Art. 4º do Decreto-Lei nº 200/67, “As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade”

O fato é que a fixação dos agentes determinantes da incompatibilidade é, por si⁹², um dos pontos a exigir a necessidade de explicitação do conteúdo da Súmula Vinculante nº 13, já que a expressão “da mesma pessoa jurídica” é pouco precisa, tanto se prestando a considerar como prática de nepotismo situações em que inexista qualquer propósito de favorecimento, como para deixar de considerar como tais, hipóteses em que seja flagrante o seu propósito, a exemplo da nomeação de parentes para cargos e funções das entidades da administração indireta, que, tecnicamente, são pessoas jurídicas diversas⁹³.

5.6.3 Objeto da vedação

No que concerne ao objeto da Súmula Vinculante nº 13, diferentemente da Resolução CNJ nº 07/05, não foram alcançados os contratos de prestação de serviços firmados pelo Poder Público e a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da CF), limitando-se a incidir sobre a “nomeação (...) para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada”⁹⁴.

Neste ponto, reproduz e amplia o equívoco da resolução do CNJ, eis que, como antes assinalado (tópico 3.3.6.1), sob a égide da Constituição de 1988 é equívoca a referência a “cargos de confiança” ou “funções comissionadas”, posto que não espelham a distinção feita pelo próprio texto Constitucional.

⁹² Independentemente da aferição da compatibilidade do Decreto nº 7.203, de 04 de junho de 2010, com a interpretação da Corte Constitucional acerca do nepotismo.

⁹³ A reclamação nº 9284 /SP, protocolada em 26/10/09, em que é reclamante o Município de São Carlos e Reclamado o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tem por fundamento exatamente esta distinção. A defesa proposta pelo município consiste na assertiva de que não se pode considerar nepotismo a circunstância de um dos parentes ocupar cargo na Administração Direta (*in casu*, o Assessor de Projetos Especiais da Prefeitura), e ou outro a Administração Indireta (a Diretora-Presidente da Fundação São Carlos). O Ministro Dias Toffoli, conquanto tenha ressalvado não comprometer-se com a tese posta na reclamação, deferiu o pedido liminar para suspender o desligamento da Diretora-Presidente. DJE-018, divulg.em 29/01/10, pub. em 01/02/10.

⁹⁴ O Decreto nº 7.203, de 04 de junho de 2010, que disciplina a vedação ao nepotismo no âmbito da administração pública federal abrange ainda a contratação por necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 3º, II) e de prestação de serviços (art. 3º, §3º, art. 6º, II e art. 7º).

A proposta original da súmula, sugerida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, aludia à “nomeação em cargo comissionado ou função de confiança”, o que se amoldava ao disposto nos arts. 37, II e V da Constituição. A modificação para o “exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada”, deu-se, consoante noticiado pelo próprio Ministro na ata dos debates na sessão de 21/08/08, em razão da necessidade de compatibilizá-la com o julgamento da ADC 12, em que se analisou o texto da Resolução nº 07/2005, a fim de que não ficasse “nem além nem aquém daquilo que foi decidido na sessão passada”.

Sucedo que a Resolução nº 07/2005 faz referência ao “exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada”, o que induz à conclusão de que o texto sumular sustenta e amplia o erro anterior, seja porque a elipse da expressão “cargo” induz à percepção de existir no ordenamento jurídico a figura do “cargo de confiança”, seja porque admite como terceiro gênero, ao lado do “cargo em comissão ou de confiança” (sic), a categoria da “função gratificada”.

Neste passo, é importante destacar que, conquanto a função gratificada possa ter se consolidado na praxe administrativa como designativo das funções de direção, chefia e assessoramento, esta acepção ganhou orientação jurídica diversa, ao menos no âmbito do serviço público federal, em face de sutil modificação da Lei nº 8.112/90⁹⁵, promovida pela Lei nº 9.527/97.

É que, até então, a vantagem paga aos servidores investidos em função de direção, chefia e assessoramento⁹⁶ era indubiosamente designada de *gratificação*. Com a alteração legislativa, nada obstante, modificou-se a nomenclatura da vantagem

⁹⁵ Trata-se do estatuto dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, cuja remissão aqui se justifica em razão de este diploma servir de modelo para a adoção de instrumentos congêneres nos Estados e Municípios.

⁹⁶ Redação original da Lei nº 8.112/90: “Art. 61. Além do vencimento e das vantagens previstas nesta lei, serão deferidos aos servidores as seguintes gratificações e adicionais:

I - gratificação pelo exercício de função de direção, chefia e assessoramento;

Art. 62. Ao servidor investido em função de direção, chefia ou assessoramento é devida uma gratificação pelo seu exercício. (...)

para *retribuição*, remanescendo a gratificação para hipóteses diversas, como previsto na Lei nº 8.112/90, a saber:

Art. 61. Além do vencimento e das vantagens previstas nesta Lei, serão deferidos aos servidores as seguintes retribuições, gratificações e adicionais: (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

I - retribuição pelo exercício de função de direção, chefia e assessoramento; (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

II - gratificação natalina;

III - (revogado)

IV - adicional pelo exercício de atividades insalubres, perigosas ou penosas;

V - adicional pela prestação de serviço extraordinário;

VI - adicional noturno;

VII - adicional de férias;

VIII - outros, relativos ao local ou à natureza do trabalho.

IX - gratificação por encargo de curso ou concurso. (Incluído pela Lei nº 11.314 de 2006)

Subseção I

Da Retribuição pelo Exercício de Função de Direção, Chefia e Assessoramento (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

Art. 62. Ao servidor ocupante de cargo efetivo investido em função de direção, chefia ou assessoramento, cargo de provimento em comissão ou de Natureza Especial é devida retribuição pelo seu exercício. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

Parágrafo único. Lei específica estabelecerá a remuneração dos cargos em comissão de que trata o inciso II do art. 9º. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

A expressão “função gratificada”, bem se vê, não pode mais ser tida como sinônima das funções de direção, chefia ou assessoramento. Por outro lado, não parece ter sido a intenção do STF alcançar, como prática nepótica, a concessão de gratificações de espécies outras como a natalina (inc. II); aquelas relativas ao local ou à natureza do trabalho (inc. VIII) ou a decorrente de encargo de curso ou concurso (inc. IX)⁹⁷.

Há, portanto, um dúplice equívoco no entendimento sumular, o que não favorece a pacificação que sua adoção preconiza. Seria bastante a menção, em consonância

⁹⁷ É possível que determinadas espécies de gratificação, que constituem acréscimos remuneratórios concedidos discricionariamente pela autoridade, possam se convolar em critério de discriminação, favorecimento ou perseguição. O pedido de providência – PP de nº 0005230-38.2009.2.00.0000, em trâmite no Conselho Nacional de Justiça, sob a relatoria do Conselheiro José Adônis Callou de Araújo Sá, evidencia esta assertiva. Alega-se naquele procedimento a concessão pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia da denominada gratificação de adicional de função de forma arbitrária e subjetiva, o que eleva os vencimentos de alguns servidores para além do teto constitucional. Não é para estas situações, todavia, a noção transmitida com a expressão “função gratificada”, constante da Súmula Vinculante nº 13.

com o próprio texto constitucional, aos cargos em comissão e às funções de confiança, já que estas últimas designam os servidores de carreira que percebem “gratificação” (rectius: retribuição), em razão da assunção das atividades de direção, chefia ou assessoramento.

Ainda quanto ao objeto da vedação, vê-se que a súmula não reproduziu as ressalvas constantes da Resolução CNJ nº 07/05 no que respeita aos servidores-parentes ocupantes de cargos de provimento efetivo. Nada obstante, esta exceção, constante do art. 2º, §1º da norma do CNJ,⁹⁸ foi validada pelo julgamento da ADC nº 12, constando, ademais, de outros dispositivos concernentes à organização do Judiciário trabalhista, do projeto do Estatuto da Magistratura e da Lei nº 11.416/06⁹⁹, que revogou a Lei nº 9.421/96.

É possível, pois, em face dos precedentes, que o STF ressalve da caracterização do nepotismo a nomeação para o exercício de cargos em comissão e funções de confiança que recaia sobre servidores-parentes integrantes do quadro de carreira. Eis o que afirmou o Ministro Joaquim Barbosa, em voto proferido na ADC nº 12 (cautelar):

Não é legítimo, no caso, qualificar como persecutória a resolução, por discriminar parentes, já que o §1º do art. 2º excepciona os ocupantes de cargo de provimento efetivo nas carreiras judiciárias, admitidos por concurso público. Plenamente obedecido, portanto, o princípio da igualdade.

⁹⁸ Art. 2º Constituem práticas de nepotismo, dentre o outras: (...)

§ 1º Ficam excepcionadas, nas hipóteses dos incisos I, II e III deste artigo, as nomeações ou designações de **servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras judiciárias, admitidos por concurso público**, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo de origem, a qualificação profissional do servidor e a complexidade inerente ao cargo em comissão a ser exercido, vedada, em qualquer caso a nomeação ou designação para servir subordinado ao magistrado ou servidor determinante da incompatibilidade⁹⁸. (Redação dada pela Resolução nº 21/2006) (grifos não integram o original)

⁹⁹ Art. 6º No âmbito da jurisdição de cada tribunal ou juízo é vedada a nomeação ou designação, para os cargos em comissão e funções comissionadas, de cônjuge, companheiro, parente ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros e juízes vinculados, **salvo a de ocupante de cargo de provimento efetivo das Carreiras dos Quadros de Pessoal do Poder Judiciário**, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para servir perante o magistrado determinante da incompatibilidade. (grifou-se)

Note-se, nada obstante, que a exceção posta na Resolução CNJ nº 07/05 e declarada constitucional pela ADC nº 12 respeita aos servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo da mesma carreira, não se tratando, portanto, de qualquer servidor concursado. Por outra via, permanece incólume, no âmbito da União, a regra constante do art. 117, VII, da Lei nº 8.112/1990, que trata da vedação à subordinação imediata de parentes¹⁰⁰.

Pode inclinar-se o STF, outrossim, pela restrição do entendimento sumular aos cargos de natureza administrativa, dele alheando os cargos de natureza política, i.e., aqueles que correspondem às funções de governo, como enunciado pelo Ministro Carlos Britto, em voto lançado no Recurso Extraordinário 579.951-4:

(...) 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 os 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 a atestar o caráter político do cargo e do agente. (grifou-se)

¹⁰⁰ O Decreto nº 7.203, de 04 de junho de 2010, expressa ressalva da caracterização como prática de nepotismo:

“Art. 4º Não se incluem nas vedações deste Decreto as nomeações, designações ou contratações:

I - de servidores federais **ocupantes de cargo de provimento efetivo**, bem como de **empregados federais permanentes**, inclusive aposentados, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo ou emprego de origem, ou a compatibilidade da atividade que lhe seja afeta e a complexidade inerente ao cargo em comissão ou função comissionada a ocupar, além da qualificação profissional do servidor ou empregado;

II - de pessoa, ainda que sem vinculação funcional com a administração pública, para a ocupação de cargo em comissão de nível hierárquico mais alto que o do agente público referido no art. 3º;

III - realizadas anteriormente ao início do vínculo familiar entre o agente público e o nomeado, designado ou contratado, desde que não se caracterize ajuste prévio para burlar a vedação do nepotismo; ou

IV - de pessoa já em exercício no mesmo órgão ou entidade antes do início do vínculo familiar com o agente público, para cargo, função ou emprego de nível hierárquico igual ou mais baixo que o anteriormente ocupado.

Parágrafo único. Em qualquer caso, é vedada a manutenção de familiar ocupante de cargo em comissão ou função de confiança sob **subordinação direta** do agente público.” (grifou-se)

Duas decisões adotadas posteriormente à edição da Súmula Vinculante nº 13 trilham esta direção. A primeira delas reporta-se ao Agravo Regimental em Reclamação Constitucional 6.650-9, que tinha como situação fática a nomeação, através do Decreto nº 3.348/2008, do irmão do Governador do Paraná para o cargo de Secretário de Estado de Transportes, conquanto em acumulação, não remunerada, com o cargo anteriormente ocupado por ele, de Superintendente da Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina – APPA, autarquia estadual.

O Acórdão, publicado no Dje de 20/11/08, teve a seguinte ementa:

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.

A questão, todavia, não obteve julgamento de mérito, já que o processo foi supervenientemente extinto (art. 267, VI, do CPC), em função da revogação do Decreto nº 3.348/2008 pelo Decreto de nº 4.106/09, por meio do qual o Governador nomeou o seu irmão para o cargo de Secretário de Representação do Estado do Paraná em Brasília¹⁰¹.

O segundo caso, também oriundo do Paraná, diz respeito ao Agravo Regimental em Reclamação Constitucional Rcl 6.702-AgR-MC, que tinha como fundamento a nomeação, através do Decreto nº 3.042/2008, de outro irmão do Governador do

¹⁰¹ A decisão de extinção do processo foi divulgada no DJE de 06/08/2009, subscrita pela Ministra Ellen Gracie.

Paraná, desta feita para o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas. O Acórdão, publicado no Dje de 19/04/09 teve a seguinte ementa:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. DENEGAÇÃO DE LIMINAR. ATO DECISÓRIO CONTRÁRIO À SÚMULA VINCULANTE 13 DO STF. NEPOTISMO. NOMEAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DO CARGO DE CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ. NATUREZA ADMINISTRATIVA DO CARGO. VÍCIOS NO PROCESSO DE ESCOLHA. VOTAÇÃO ABERTA. APARENTE INCOMPATIBILIDADE COM A SISTEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESENÇA DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. LIMINAR DEFERIDA EM PLENÁRIO. AGRAVO PROVIDO. I - 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. II - O cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Paraná reveste-se, à primeira vista, de natureza administrativa, uma vez que exerce a função de auxiliar do Legislativo no controle da Administração Pública. III - Aparente ocorrência de vícios que maculam o processo de escolha por parte da Assembléia Legislativa paranaense. IV - À luz do princípio da simetria, o processo de escolha de membros do Tribunal de Contas pela Assembléia Legislativa por votação aberta, ofende, a princípio, o art. 52, III, b, da Constituição. V - Presença, na espécie, dos requisitos indispensáveis para o deferimento do pedido liminarmente pleiteado. VI - Agravo regimental provido.

Este processo também não chegou ao julgamento de mérito, desta feita em razão do provimento, na instância originária, da ação popular proposta contra a nomeação.¹⁰²

O entendimento de que a nomeação para cargos políticos não caracteriza nepotismo não é, entretanto, unânime no âmbito do STF, como faz certo a ressalva do Ministro Cezar Peluzo no Agravo Regimental em Reclamação Constitucional 6.650-9 acima citado, ao referir-se ao precedente Recurso Extraordinário 579.951-4:

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUZO (PRESIDENTE) – (...) nesse debate, foi consignada expressamente a posição, que **ressalvei, quanto à extensão da conclusão de que o alcance da súmula não atingiria os agentes políticos. Deixei-a em dúvida, permitindo-me reavaliar a questão em outra oportunidade.** E, por isso, nada tenho que acrescentar, pois adotei, na concessão da liminar, a posição da ilustrada maioria. (grifos não integram o original)

¹⁰² A decisão de extinção do processo foi divulgada no DJE de 09/11/09, subscrita pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

No mesmo sentido o voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

Eu me permitiria fazer uma pequena observação. Por ocasião do julgamento do leading case que levou à edição da Súmula 13 estabeleceu-se que o fato de **a nomeação ser para um cargo político nem sempre, pelo menos a meu ver, descaracteriza o nepotismo**. É preciso examinar caso a caso para verificar se houve fraude à lei ou nepotismo cruzado, que poderia ensejar a anulação do ato. (grifou-se)

Aliás, a restrição quanto à incidência da súmula aos cargos de natureza administrativa, não é indene a críticas, como a que lhe faz José Sérgio Monte Alegre (2009, p. 18),

(...) custa entender a lógica do razoável que presidiu a distinção entre agente administrativo e agente político, *para dar tratamento favorecido a esta último*. A distinção é, sem dúvida, rigorosamente técnica. Contudo, o seu resultado é desastroso! (...) Quem é mais importante na escala de poder? Aquele que exerce funções de Governo, que define as diretrizes e metas *a serem buscadas administrativamente*, ou aqueles que apenas se *limitam* a executar tais metas e diretrizes? Então, é honesto deixar de nomear mulher, filhos, sobrinhos, companheira, pai, mãe, avós, para cargos de pequena expressão, na Administração Pública, inclusive de menor repercussão financeira, não importando a boa qualificação que possam ostentar, mas é honesto fazê-lo para cargo de Ministro de Estado, Secretário de Estado ou de Município? Após a Súmula, Governador de certo Estado nomeou seu irmão para ser Secretário desse mesmo Estado e tudo foi considerado como bom, firme e valioso (MEDIDA CAUTELAR NA RECLAMAÇÃO N.6650-9/PR, Rel. a Min. ELLEN GRACIE, no DJe 184/2008, pp.99/100). Todavia, se o houvesse nomeado para chefe do almoxarife do Palácio do Governo, bem, aí violaria a Constituição! Estranhos tempos, esses...

Por fim, ao aludir ao “ajuste mediante designações recíprocas” a Súmula Vinculante nº 13 expressamente incorporou a vedação constante da Resolução CNJ nº 07/05, proscrevendo, assim, o nepotismo cruzado, ou, como prefere Diógenes Gasparini (2008, p. 74) *nepotismo transversal ou oblíquo*, que consiste na concessão de obséquios recíprocos entre autoridades públicas, de modo a descaracterizar o favorecimento direto de parentes.

5.6.4 Âmbito de aplicação do entendimento sumular

Quanto ao âmbito de aplicação, o texto sumular se reporta à “administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito

Federal e dos Municípios”. Aqui há de ter lugar a correta advertência do Min. Carlos Britto, lançada em seu voto no Recurso Extraordinário 579.951-4, para quem

(...) 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 art. 37, que são os princípios **extensíveis a toda a Administração Pública de qualquer dos Poderes, de qualquer das pessoas federadas.** (grifos não integram o original)

Onde quer, pois, que se exerça atividade de natureza administrativa, terá aplicação o entendimento sumular, o que abrange o exercício desta função, ainda que de forma anômala, pelos Poderes Judiciário e Legislativo.

5.6.5 Eficácia temporal da Súmula Vinculante nº 13

Vertida a natureza proibitiva através de súmula, decorre do art. 103-A da CF que o efeito vinculante se produz a partir de sua publicação na imprensa oficial, i.e., torna cogente a sua observação, a partir daí, “pelos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

No que respeita à eficácia, assevera o art. 4º da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que, como regra, a súmula vinculante tem eficácia imediata, salvo se, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, o STF restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

No caso da Súmula Vinculante nº 13, o STF não utilizou a prerrogativa referida, razão por que sua eficácia iniciou-se por ocasião da publicação, ocorrida em 29/08/08, colhendo, a partir daí, todas as situações de exercício de cargos e funções públicos em desacordo com seu enunciado.

CONCLUSÃO

A história da estruturação do serviço público brasileiro está atrelada à formação patrimonialista do Estado, em que se mostram indivisos os limites entre os espaços público e privado. Os preceitos atinentes à admissão à Administração Pública fornecem, sob a forma de normas jurídicas, um amplo espectro de arregimentação de recursos humanos à margem de seleção pública, favorecendo o uso do patrimônio estatal como continuidade do patrimônio particular.

Conquanto o sistema de mérito no recrutamento dos quadros públicos tenha se mostrado um vetor eleito pela quase totalidade dos diplomas constitucionais como requisito primaz de acessibilidade, ao seu lado sempre foram disciplinadas formas secundárias de admissão, cujos critérios se mostravam mais próximos dos interesses do administrador do que da qualificação profissional do indicado.

Foi possível observar ao longo da história constitucional brasileira a coexistência de princípios mandatórios, como o do concurso público¹⁰³ e de exceções, cuja utilização exacerbada infirmou e continua infirmando as proibições, subvertendo o dogma constitucional. Assim, apesar da sensação de haver no regime brasileiro um firme aparato de acessibilidade meritória, consagrado na disciplina da admissão dos melhores (art. 37, II), na prática, um grande contingente de servidores é agregado ao serviço público sem submeter-se a seleção isonômica.

As exceções ao concurso, em si mesmas, não constituem a raiz do problema, ante a compreensão de que o serviço público não pode e não deve ser concebido como um sistema hermético, capaz de dar todas as respostas às necessidades coletivas. O que impede a profissionalização do serviço público é a utilização excessiva das regras

¹⁰³ Neste sentido, os citados art. 179, XIV e XVI da Constituição de 1824; art. 73 e art. 79 da Constituição de 1891; arts. 168 a 170 da Constituição de 1934; art. 122, §3º e art. 156, “b” e “c” da Constituição de 1937; arts. 186 e 188 da Constituição de 1946; art. 95 e 99 da Constituição de 1967; art. 97, §1º, da Constituição de 1969.

permissivas, quando o sistema jurídico as prevê, ou o descumprimento, puro e simples, das normas de contenção existentes.

Nos julgados do STF que foram colacionados, verificam-se as práticas administrativas espalhadas por todo o país que ratificam esta assertiva, cumprindo anotar que os diplomas legislativos ali objurgados contemplavam diversos mecanismos de alheamento às normas constitucionais, como o demonstra a tentativa de extrapolação do conteúdo do art. 19 do ADCT – norma por si só de questionável legitimidade; o provimento derivado, com a transposição dos servidores de um cargo a outro à margem de concurso; a criação expressiva de cargos em comissão em desprezo às restrições do art. 37, V; e a utilização de contratação temporária (art. 37, IX) em lugar da criação e provimento de cargos de necessidade permanente.

Trata-se, a bem da verdade, de pequeno extrato de que dá notícia a Jurisprudência da Corte Constitucional, o qual deve revelar escala muito mais representativa, em face das ações que não chegaram à instância superior, ou dos diplomas legislativos que não tiveram sua constitucionalidade questionada, seja por incapacidade ou ineficiência dos mecanismos de controle.

Quanto ao controle, aliás, é possível notar o fraco adensamento da sociedade brasileira em contraponto à necessidade de participação mais ativa na fiscalização da gestão pública, que reclama o aprimoramento do valor da cidadania na dimensão da solidariedade, que significa o comprometimento de todos os indivíduos na consolidação do interesse comum.

Como se intui, o maciço provimento de agentes do Estado à margem de seleção meritória não atua em prol da cidadania, seja por que vilipendia de plano, o princípio isonômico - já que não oferece igualdade de acesso aos congêneres, seja porque favorece a inserção de atores não necessariamente comprometidos com os interesses públicos, muitas vezes devedores, bem ao revés, das benesses obtidas.

Os primeiros movimentos encetados dentro do sistema jurídico visando ao combate à distribuição pessoal de cargos se concentraram na proscrição ao favorecimento de parentes, não se situando, diretamente, na defesa da integridade do serviço público como um todo, o que é curioso, já que a admissão de profissionais por critérios como amizade, compadrio ou troca de favores tem a potencialidade de produzir os mesmos danos que se supõe provocados com a designação de familiares.

Aliás, tomada em sentido geral, a noção de nepotismo é muito maior que a de parentesco, visto que se associa a qualquer tipo de favorecimento e privilégio de natureza pessoal, ainda que fora do círculo familiar. Porém, a linha de corte que se estabeleceu no ordenamento jurídico brasileiro confinou o nepotismo ao benefício de parentes, consoante disciplinaram as primeiras normas atinentes à organização da Justiça do Trabalho, logo após a promulgação da Constituição¹⁰⁴ de 1988.

Decorreriam ainda mais dezessete anos desde a nova Carta Constitucional, até que a Resolução CNJ nº 07/05 incorporasse ao sistema normativo a vedação ao nepotismo, embora com aplicação restrita ao âmbito do Poder Judiciário. Outros três anos seriam necessários até a edição da Súmula Vinculante nº 13 pelo STF, com a ampliação da mensagem para toda a Administração Pública.

Do ponto de vista jurídico, a adoção da Súmula Vinculante nº 13 baseou-se em quatro precedentes (ADI 1.521, MS 23.780-5, ADC nº 12, cautelar e principal, e o Recurso Extraordinário 579.951-4). A partir do texto sumular foram extraídos os cinco núcleos semânticos que orientam o conceito jurídico do nepotismo, conquanto ainda penda sobre eles certo grau de incerteza.

¹⁰⁴ Como citado anteriormente, a referência normativa mais próxima à vedação ao favorecimento de parentes, anterior à Constituição de 1988, respeita ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que a no art. 355, § 7º, e art. 357, parágrafo único.

No STF, outrossim, já se contabiliza um número expressivo de ações que se relacionam à aplicação da súmula¹⁰⁵, dentre as quais muitas reclamações, cujas decisões haverão de integrar o conteúdo do verbete, dirimindo e pacificando as controvérsias.

A vedação ao nepotismo constitui, indubitavelmente, a alvorada da maturação da Administração Pública, que finalmente sinaliza para a eliminação de favoritismos e para a adoção de sistema isonômico de acesso aos cargos, empregos e funções públicos, que é essencial ao modelamento de um serviço público que queira primar pela transparência, eqüidade e eficiência.

Há lugar, evidentemente, para a colaboração dos agentes privados, notadamente na seara dos serviços técnicos especializados, que é passível de contratação através dos procedimentos definidos no estatuto licitatório, visto que o serviço público não pode ser concebido como um sistema auto-suficiente, hábil, unicamente por seus meios, a satisfazer as cada vez mais complexas demandas públicas.

A atribuição das atividades de direção, chefia e assessoramento aos ocupantes de cargos em comissão, por outro lado, é essencial à boa administração, porque é compreensível que o núcleo de planejamento e de condução das decisões estratégicas deva pressupor o vínculo de fidúcia de que compartilhem os auxiliares diretos da autoridade administrativa, desde que – ressalve-se, não se confunda fidúcia com troca de favores ou apadrinhamento.

A designação de servidores concursados para a ocupação das funções de confiança de direção, chefia e assessoramento também é um estímulo ao desenvolvimento na carreira, posto que, premiando sua experiência e capacidade,

¹⁰⁵ Relacionam-se ao conteúdo da Súmula Vinculante nº 13 cerca de cinquenta e duas ações, conforme consulta ao site www.stf.gov.br. Acesso em 13/05/10.

oportuniza-lhes participar das decisões estratégicas do serviço do qual faz parte, em lugar de torná-los meros espectadores das definições administrativas.

A contratação temporária, do mesmo modo, se observados os limites da necessidade pública, terão amparo legal, em face das situações que justifiquem a pré-determinação do prazo ou a emergência da situação. O que não se há de tolerar é o casuísmo, com a fixação crescente de hipóteses de contratação por tempo determinado, como demonstram, no âmbito federal, as sucessivas mutações¹⁰⁶ da Lei nº 8.745/93.

A Súmula Vinculante nº 13 do STF, apesar das imprecisões que encerra, tem o mérito de dar efetividade aos princípios constitucionais do art. 37, repudiando as condutas contrárias ao interesse público até o momento propiciadas pelas aberturas constantes do sistema jurídico em vigor.

Em breve data, entretantes, haverá de ter lugar a proscrição aos outros tipos de favorecimento que insistem em atrelar o Brasil à pré-história de seu descobrimento.

Trata-se, pois, dos primeiros passos do longo caminho da cidadania, que deve ser definitivamente compreendida para além de sua acepção tradicional, superando-se, assim, o singelo reconhecimento ao indivíduo do status de receptor de direitos (dimensão vertical), para contemplar o comprometimento de todos nos assuntos que interessam à coletividade (dimensão horizontal).

O exercício do direito de petição, os pedidos de providência, as ações populares, as representações por ilegalidade constituem meios legítimos para o exercício da cidadania, contemplando ações que tornarão efetivo o comando da Súmula Vinculante

¹⁰⁶ Como assinalado no tópico 3.3.6.2, a lei em referência foi objeto de inúmeras alterações, a fim de contemplar novas situações não previstas anteriormente, como demonstra a sucessão de diplomas legislativos, a saber: Lei 9.849/99, MPV 2.229-43/01, MPV 10/01, Lei 10.667/03, Lei 10.973/04, Lei 11.123/05, Lei 11.204/05, Lei 11.440/06 e a Lei 11.784/08.

nº 13, de cujo resultado se espera a profissionalização do serviço público, com a eliminação de privilégios e favoritismos.

O comprometimento do cidadão nas questões comunitárias haverá de propugnar, no âmbito da estruturação burocrática do Estado, pelo sistema meritório de acesso ao serviço público, evitando-se, assim, a proliferação de quaisquer núcleos de favorecimento, e, em particular, do uso da organização pública por aqueles que insistem em fazer da Administração Pública uma extensão do domínio de sua própria família.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

BARIANI, Edson. *DASP: entre a norma e o fato*. Disponível em <http://br.monografias.com/trabalhos915/dasp-norma-fato/dasp-norma-fato.shtml>. Acesso em 28/10/09.

BELLOW, Adam. *Em louvor do Nepotismo - Uma História Natural*. São Paulo: A Girafa Editora, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Revista Internacional de Direito e Cidadania, nº 3, p. 217/299 fevereiro/2009. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/33277/public/33277-42386-1-PB.pdf>. Acesso em 23/11/09.

BRASIL. Boletim Estatístico de Pessoal nº 161/ Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Recursos Humanos. Min. do Planejamento, 2009. Disponível em http://www.servidor.gov.br/publicacao/boletim_estatistico/bol_estatistico_09/Bol161_set2009.pdf. Acesso em 19/11/09.

CAMINHA, Pero Vaz. *Carta a El Rei Dom Manuel*. 1º de maio de 1500. Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Carta_de_Pero_Vaz_de_Caminha. Acesso em 13/10/08.

CAMMAROSANO, Márcio. *O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2006.

_____. Servidores Públicos. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de (coord.). *Direito Administrativo na Constituição de 1988*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991. p. 169/198.

CAMPOS, Ana Maria. *Accountability: Quando poderemos traduzi-la para o português?* Revista de Administração, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 30-50, fev/abr, 1990.

CARTA DE MACEIÓ. Disponível em http://www.tj.sc.gov.br/informativos/cnj_1.pdf. Acesso em 21/11/09.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *O novo regime jurídico-funcional de agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias*. In Revista Gestão Pública e Controle. v. 1, nº1, 2005, Salvador: Tribunal de Contas do Estado da Bahia. p. 109/125

CHANG, Há-Joon. *Chutando a escada*. A estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica. Ed. Unesp: São Paulo, 2004.

DAMATTA, Roberto. *A casa & A rua*. Espaço, Cidadania, Mulher e Morte no Brasil. 6ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997a.

_____. *Carnavais, Malandros e Heróis*. Para uma sociologia do dilema brasileiro. 5ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997b.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO (1789). Disponível em http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Direitos_homem_cidad.html
Acesso em 22/10/08.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 23ª. ed., vol. 5 São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. Formação do patronato político brasileiro. 3ª. edição (em um volume), revista, 3a. ed. 8a. reimpressão. São Paulo: Editora Globo, 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª. ed. ver. amp. atua. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FREIRE, Homero. *O problema da classificação dos cargos públicos*. Revista de Direito Administrativo, vol. 35. Jan-mar. [s.n.], 1954.

FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 51ª edição, rev. São Paulo: Global Editora: 2006.

GASPARINI, Diogenes. Nepotismo político. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.) *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 71-98.

GARCIA, Maria. *Desobediência Civil*. Direito Fundamental. 2ª. ed., ver, atua. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GOMES, Laurentino. *1808 Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil*. 2a. reimpressão. São Paulo: Editora Planeta, 2007.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. 29. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LIMA, Fernando Roque. *Expedientes Patrimonialistas na Cultura Política Brasileira: Alguns exemplos observados em Salvador*. Sitientibus, Feira de Santana, nº 14, p. 23-43, 1996.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A cidadania na Constituição Federal Brasileira de 1988: redefinindo a participação política. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Faya Silveira (orgs.). *Constituição e Democracia – estudos em Homenagem ao Prof. J. J. Canotilho*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Servidor Público na Atualidade*. Rio de Janeiro: Ed. América Jurídica, 2003.

MARSHALL, T.H. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MATTOS, Pedro Lincoln. *Racionalização Administrativa versus concepções patrimonialistas no provimento de pessoal no serviço público federal: o Ministério da Educação e Cultura entre 1960 e 1985*. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, FGV, vol. 28, nº 1, p. 70-86, jan-mar 1994.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº57. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos*. 5ª. tiragem. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

MELO, Frederico Jorge Gouveia de. *Admissão de Pessoal no serviço público: procedimentos, restrições e controles*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

MENK, José Theodoro. Nepotismo. Disponível em http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1423/nepotismo_menck.pdf?sequence=1. Acesso em 15/03/10. 2006.

MONTE ALEGRE, José Sergio. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Número 16, dezembro/janeiro/fevereiro 2009. Salvador. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-16-DEZEMBRO-2008-SERGIO%20MONTE%20ALEGRE.pdf>. Acesso em 13/03/10.

MORAES, Alexandre de. *Reforma Administrativa – Emenda Constitucional nº 19/98*. 4ª. ed. rev. amp. e atualiz. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

_____. *Direito Constitucional Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção* (2003). Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm. Acesso em 15/10/08.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convenção Interamericana contra a Corrupção* (1996). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4410.htm. Acesso em 15/10/08.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O servidor público na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SAES, Décio Azevedo Marques de Saes. *Cidadania e Capitalismo (Uma Abordagem Teórica)*. Disponível em <http://www.iea.usp.br/iea/textos/saescidadania.pdf>. s/d. Acesso em 10/06/09.

SEIBEL, Erni J. *Cultura Política, Ética e Gestão Pública*. XVIII ENAMPAD, Curitiba, 1994.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 25^a. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7^a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SILVEIRA, Raquel Dias da. *Profissionalização da função pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. A conceituação da cidadania brasileira e a Constituição Federal de 1988. In: MORAES, Alexandre de (org.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

SOUSA, Éder. *Concurso público. Doutrina e Jurisprudência*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000.

TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público: (estudos e pareceres)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TAVOLARO, Sergio B. F. *Existe uma modernidade brasileira ? Reflexões em torno de um dilema sociológico brasileiro*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v.20, nº 59, p. 5-22, 2005.

TOURINHO, Rita. *Concurso Público no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e Globalização*. Rio de Janeiro: Ed. Record, 1997.

WAHRLICH, Beatriz M. de Sousa. *Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente*. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, FGV, vol. 8, abr./jun. 1974.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos*. In: WOLKMER, Antonio Carlos e LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (2005). *Resolução nº 07, de 18 de outubro de 2005*, atualizada pelas Resoluções nº 09/2005 e nº 21/2005: Disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&task=view&id=101&Itemid=160. Acesso em 18/10/08.

BRASIL.	Constituição	(1824).	Disponível	em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm .			Acesso	em
17/09/08.				

BRASIL.	Constituição	(1891).	Disponível	em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm .			Acesso	em
17/09/08.				

BRASIL.	Constituição	(1934).	Disponível	em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm .			Acesso	em
17/09/08.				

BRASIL.	Constituição	(1937).	Disponível	em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm .			Acesso	em
17/09/08.				

BRASIL.	Constituição	(1946)	Disponível	em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm .			Acesso em	17/09/08.

BRASIL.	Constituição	(1967).	Disponível	em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm .			Acesso em	17/09/08.

BRASIL.	Constituição	(1969).	Disponível	em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao69.htm .			Acesso em	17/09/08.

BRASIL. *Constituição (1988)*. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL. Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso "c". Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/2002/D4410.htm. Acesso em 04/12/09

BRASIL. Decreto nº 5.497, de 21 de julho de 2005. Dispõe sobre o provimento de cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, níveis 1 a 4, por servidores de carreira, no âmbito da administração pública federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5497.htm. Acesso em 21/11/09.

BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm. Acesso em 04/12/09.

BRASIL. Decreto nº 7.203, de 04 de junho de 2010. Dispõe sobre a vedação ao nepotismo no âmbito da administração pública federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7203.htm. Acesso em 07/06/10.

BRASIL. Decreto-Lei nº 579, de 30 de julho de 1938. Organiza o Departamento Administrativo do Serviço Público, reorganiza as Comissões de Eficiência dos Ministérios e dá outras providências. Disponível em <http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/textos/visualizarTexto.html?ideNorma=350919&seqTexto=74074>. Acesso em 04/12/09.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.713, de 28 de outubro de 1939. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/1937-1946/Del1713.htm>. Acesso em 01/12/09.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.175, de 07 de janeiro de 1943. Dispõe sobre a admissão de pessoal extranumerário e dá outras providências. Disponível em <http://www.camara.gov.br/internet/InfDoc/novoconteudo/legislacao/republica/LeisOcerizadas/leis1943vollp226.pdf#page=29>. Acesso em 24/11/09.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em 18/10/09.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.660, de 24 de janeiro de 1979. Dispõe sobre a remuneração dos cargos em comissão, define critérios de incorporação de vantagens de que trata a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, no âmbito do Poder Executivo, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8911.htm. Acesso em 21/11/09.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002. Aprova o texto final, após modificações de cunho vernacular, em substituição àquele encaminhado pela Mensagem 1.259, de 1996, da Convenção Interamericana contra a Corrupção, concluída originalmente em Caracas, em 29 de março de 1996. Disponível em <http://www.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7B12DA13AC-983F-4168-B289-D44477CF8E82%7D&ServiceInstUID=%7B0831095E-D6E4-49AB-B405-C0708AAE5DB1%7D>. Acesso em 04/12/09.

BRASIL. Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L1711.htm. Acesso em 28/10/09.

BRASIL. Lei nº 5.315, de 12 de setembro de 1967. Regulamenta o art. 178 da Constituição do Brasil, que dispõe sobre os ex-combatentes da 2ª Guerra Mundial. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5315.htm. Acesso em 24/11/09.

BRASIL. Lei nº 7.872, de 08 de novembro de 1989. Cria a 17ª Região da Justiça do Trabalho, o respectivo Tribunal Regional do Trabalho, e dá outras providências. <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L7872.htm>. Acesso em 24/03/10.

BRASIL. Lei nº 7.873, de 09 de novembro de 1989. Cria a 18ª Região da Justiça do Trabalho, o respectivo Tribunal Regional do Trabalho, e dá outras providências. <http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L7873.htm>. Acesso em 24/03/10.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm. Acesso em 23/11/09.

BRASIL. Lei nº 8.215, de 25 de julho de 1991. Cria o Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8215.htm>. Acesso em 24/03/10.

BRASIL. Lei nº 8.219, de 29 de agosto de 1991. Cria o Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8219.htm>. Acesso em 24/03/10.

BRASIL. Lei nº 8.233, de 10 de setembro de 1991. Cria o Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8233.htm>. Acesso em 24/03/10.

BRASIL. Lei nº 8.460, de 17 de setembro de 1992. Concede antecipação de reajuste de vencimentos e de soldos dos servidores civis e militares do Poder Executivo e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8460consol.htm. Acesso em 21/11/09.

BRASIL. Lei nº 8.868, de 14 de abril de 1994. Dispõe sobre a criação, extinção e transformação de cargos efetivos e em comissão, nas Secretarias do Tribunal Superior

Eleitoral e dos Tribunais Regionais Eleitorais e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8868.htm. Acesso em 24/03/10.

BRASIL. Lei nº 8.915, de 12 de julho de 1994. Altera a composição do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1989_1994/L8915.htm. Acesso em 24/03/10.

BRASIL. Lei nº 9.421, de 24 de dezembro de 1996. Cria as carreiras dos servidores do Poder Judiciário, fixa os valores de sua remuneração e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9421.htm. Acesso em 30/03/10.

BRASIL. Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997. Altera dispositivos das Leis nºs 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.460, de 17 de setembro de 1992, e 2.180, de 5 de fevereiro de 1954, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9527.htm. Acesso em 30/03/10.

BRASIL. Lei nº 9.624, de 02 de abril de 1998. Altera dispositivos da Lei nº 8.911, de 11 de julho de 1994, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9624.htm#art22. Acesso em 21/11/09.

BRASIL. Lei nº 11.416, de 15 de dezembro de 2006. Dispõe sobre as Carreiras dos Servidores do Poder Judiciário da União; revoga as Leis nºs 9.421, de 24 de dezembro de 1996, 10.475, de 27 de junho de 2002, 10.417, de 5 de abril de 2002, e 10.944, de 16 de setembro de 2004; e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11416.htm. Acesso em 30/03/10.

BRASIL. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm. Acesso em 30/03/10.

BRASIL. Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (1995). Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em 25/10/08.

BRASIL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_fevereiro_2010.pdf. Acesso em 03/03/10.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução Administrativa nº 388/97. Disponível em <http://www.tst.gov.br/DGCJ/IndiceResolucoes/ResAdm/388.html>. Acesso em 30/03/10.