

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

DANIELA ELIAS PAVANI

**LIMITES AO PROVIMENTO DOS CARGOS EM COMISSÃO SOB O
PRISMA DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

São Paulo

2014

DANIELA ELIAS PAVANI

**LIMITES AO PROVIMENTO DOS CARGOS EM COMISSÃO SOB O
PRISMA DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Dissertação apresentada à Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Orientadora: Profa. Dra. Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka.

São Paulo

2014

P337L Pavani, Daniela Elias

Limites ao provimento dos cargos em comissão sob o prisma dos princípios da Administração Pública. / Daniela Elias Pavani. – 2014.

162 f. : 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014.

Orientador: Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka

Bibliografia: f. 156-162

1. Administração pública 2. Cargos de provimento em comissão
3. Discricionariedade 4. Princípios constitucionais 5. Controle
6. Nepotismo I. Título

CDDir 341.3

DANIELA ELIAS PAVANI

**LIMITES AO PROVIMENTO DOS CARGOS EM COMISSÃO SOB O
PRISMA DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Dissertação apresentada à Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Aprovado em 17/02/2014.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka – Orientadora
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Vicente Bagnoli
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Profa. Dra. Maria Garcia
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Aos meus amados pais e esposo, por todo incentivo e apoio incondicional à realização deste estudo.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, Professora Doutora Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka, pela paciência, pelo rigoroso e constante acompanhamento, bem como por todo o auxílio prestado à elaboração deste trabalho.

Ao Professor Doutor Hécio Ribeiro e à Professora Doutora Maria Garcia, pelos valiosos comentários e sugestões oferecidos por ocasião do Exame de Qualificação.

A todos os professores do Mestrado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, pela dedicação, pelo incentivo à pesquisa e pelos conhecimentos transmitidos ao longo do curso.

RESUMO

O trabalho aborda os cargos públicos de provimento em comissão, em especial, os limites impostos pelo ordenamento jurídico quanto à nomeação dos seus titulares. O estudo tem início a partir da análise da Administração Pública no Brasil, suas características e as reformas implementadas ao longo dos anos com o propósito de aprimorá-la e de superar práticas de natureza patrimonialista enraizadas no Estado brasileiro. Após o exame dos cargos públicos de uma forma geral, a abordagem recai sobre os cargos comissionados, a razão de sua existência, a disciplina a eles conferida pelo ordenamento jurídico nacional, bem como os limites previstos em lei ou decorrentes dos princípios constitucionais à nomeação dos seus futuros ocupantes. O trabalho trata do controle a ser exercido pela própria Administração Pública, pelo Poder Legislativo (diretamente ou com o auxílio do Tribunal de Contas) ou pelo Poder Judiciário em relação ao ato de nomeação, e busca identificar as hipóteses de ilegalidade em sentido amplo de tal ato, seja por ofensa à lei ou a princípios jurídicos. O estudo aponta que, diferentemente do entendimento consagrado na Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal, a nomeação de parentes para cargos de provimento em comissão, prática conhecida como nepotismo, não implica, necessariamente, ofensa a princípios constitucionais. A conclusão a que se chega é no sentido de que, inexistindo lei em sentido formal a respeito dos requisitos a serem atendidos pelo futuro ocupante de um cargo comissionado, apenas o exame das peculiaridades do caso concreto permite identificar eventual ofensa à Constituição Federal.

Palavras-chave: Administração Pública. Cargos de provimento em comissão. Discricionariedade. Princípios constitucionais. Controle. Nepotismo.



ABSTRACT

The paperwork deals with offices, in particular, the limits imposed by legal system about at-will appointment to their candidate. The study starts from the analysis of public administration in Brazil, its characteristics and the implemented reforms over the years in order to improve it and to overcome rooted patrimonial practices in the Brazilian state. After examining the offices in general, the approach rests on the at-will appointments, the reason for its existence, the discipline afforded to them under national legal system, as well as the limits prescribed by law or arising from the constitutional principles on the appointment to their future occupants. This term paper deals with the control being exercised by the Public Administration itself, the Legislative (either directly or with the aid of the Court of Auditors) or by the Judiciary in relation to the appointment act and it seeks to identify possibilities of illegality (in the broadest sense) of that act, either for an offense against law or principles. The study points out that, unlike the understanding enshrined in binding precedent n. 13 of the Supreme Court, the appointment of relatives to offices, a practice known as nepotism, does not necessarily imply in offense to constitutional principles. The conclusion reached is in the sense that, in the absence of a formal law about the requirements to be met by the future occupant of an office, only the examination of the case peculiarities allows identifying potential harm to the Federal Constitution.

Keywords: Public Administration. At-will appointment. Discretion. Constitutional principles. Control. Nepotism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA.....	13
1.1 Administração Pública: sentido da expressão e considerações históricas	13
1.2 O Estado brasileiro e o patrimonialismo	20
1.3 Os modelos burocrático e gerencial no Brasil.....	23
1.4 Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.....	27
2 CARGO PÚBLICO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO	36
2.1 Conceitos de cargo, emprego e função pública.....	36
2.2 Criação, transformação e extinção dos cargos públicos.....	41
2.3 Provimento e classificação dos cargos públicos.....	43
2.4 O concurso público como regra para o acesso aos cargos públicos	48
2.5 Os cargos em comissão: análise histórico-constitucional.....	50
2.6 Os servidores comissionados e os agentes políticos	55
2.7 O princípio democrático como razão da existência dos cargos em comissão, limites para a sua criação e a relação de confiança com a autoridade nomeante.....	58
2.8 Diferenças entre cargo em comissão e função de confiança	65
2.9 Disciplina normativa dos servidores ocupantes de cargos em comissão	66
3 A DISCRICIONARIEDADE NA NOMEAÇÃO PARA OS CARGOS COMMISSIONADOS	77
3.1 Considerações sobre a discricionariedade administrativa	77
3.2 A discricionariedade na nomeação para os cargos em comissão e os limites previstos em lei.....	80
3.3 Os princípios constitucionais como limites à discricionariedade na nomeação para o cargo comissionado	83
4 CONTROLE DO ATO DE NOMEAÇÃO	102
4.1 Controle exercido pela Administração e pelo Poder Legislativo (de forma direta ou com o auxílio do Tribunal de Contas)	102
4.2 Alcance do controle a ser realizado pelo Poder Judiciário	108

4.3 Hipóteses de ilegalidade do ato de nomeação	112
4.4 Nepotismo.....	114
4.5 A Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal	121
4.6 Consequências da invalidação do ato de nomeação.....	142
CONCLUSÃO.....	150
REFERÊNCIAS.....	156

INTRODUÇÃO

O escopo do presente trabalho é analisar os cargos públicos de provimento em comissão, que têm sido alvo de inúmeros debates no âmbito da doutrina e da jurisprudência pátrias.

De acordo com informações do Boletim Estatístico de Pessoal elaborado no mês de janeiro de 2013 pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, o quantitativo de ocupantes de cargos e funções de confiança e gratificações do Poder Executivo Federal (abrangendo a Administração direta, autarquias e fundações), em dezembro de 2012, totalizava 90.173 (noventa mil, cento e setenta e três).¹⁻²

O expressivo número de cargos comissionados existentes no Brasil e o consequente destino de altas cifras de verbas públicas a eles, aliados à necessária delimitação da liberdade de escolha dos seus futuros ocupantes revelam a importância do estudo aprofundado desses cargos, que encontram fundamento no princípio democrático, mas que, muitas vezes, são vistos pela sociedade como meio utilizado pelo agente público para se favorecer indevidamente.

Importante notar que todo cidadão tem direito a uma Administração Pública que cumpra os seus deveres e que, dessa forma, observe fielmente os princípios que a regem.

A Constituição Federal de 1988, conhecida como “Constituição cidadã”,³ atribuiu ao cidadão papel relevante no controle da Administração Pública e previu

¹ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO – SECRETARIA DE GESTÃO PÚBLICA. *Boletim Estatístico de Pessoal*. Brasília, v. 17, n. 201, p. 148, jan. 2013. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/servidor/publicacoes/boletim_estatistico_pessoal/2013/Bol201_Jan2013.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2013.

² Interessante mencionar que, no ano de 2002, correspondia a 68.931 (sessenta e oito mil, novecentos e trinta e um) o número total de ocupantes de cargos e funções de confiança e gratificações do Poder Executivo Federal (MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO – SECRETARIA DE RECURSOS HUMANOS. *Boletim Estatístico de Pessoal*. Brasília, v. 8, n. 92, p. 77, dez. 2003. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/servidor/publicacoes/boletim_estatistico_pessoal/2003/Bol92_dez2003.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2013).

³ A denominação “Constituição cidadã”, conforme explica André Ramos Tavares, foi conferida à Constituição Federal de 1988 pelo fato de que ela “se propunha a resgatar a cidadania na tentativa de construir uma democracia consistente com os anseios populares” (TAVARES, André Ramos.

instrumentos para o exercício da cidadania,⁴ a exemplo do seu art. 5º, XXXIV, a (que assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”) e inc. LXXIII (atribui a todo cidadão legitimidade para “propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”), bem como do art. 74, § 2º (o qual prevê que qualquer cidadão “é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”).

A propósito, cumpre mencionar a observação feita pelo Ministro Carlos Britto do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADPF 130/DF, no sentido de que todo agente público está sob permanente vigília da cidadania e quando não prima ele “por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos”.⁵

Este estudo terá início a partir da análise da Administração Pública, mais especificamente, o significado da expressão, o surgimento da Administração e a sua evolução, além de serem abordados os modelos patrimonial, burocrático e gerencial.

Pretende-se demonstrar as características de cada um dos mencionados paradigmas de Administração Pública, bem como identificar as razões que acarretaram a intensa tradição patrimonialista no Estado brasileiro.

Serão objeto de exame, ainda, as principais reformas administrativas realizadas ao longo da história do nosso País com o propósito de superar o patrimonialismo e implantar o paradigma burocrático e, após, o modelo gerencial de administração, a exemplo do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que

Constituição de 1988 em vinte anos de consolidação: a cidadania como emblema constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais RBEC*, Belo Horizonte, n. 8, ano 2, p. 1, out./dez. 2008).

⁴ Cidadania, para Jorge Miranda, significa a “participação em Estado democrático”. Ainda segundo o doutrinador, para quem a cidadania apresenta-se como *status* e também como objeto de um direito fundamental das pessoas, “participar num Estado é participar na vida jurídica e política que ele propicia e beneficiar da defesa e da promoção de direitos que ele concede” (MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 102-104).

⁵ STF, Tribunal Pleno, ADPF 130/DF, Rel. Min. Carlos Britto, *DJe* 06/11/2009.

foi elaborado em 1995, pelo governo do então Presidente Fernando Henrique Cardoso.

Após ter sido traçado um panorama geral da Administração Pública brasileira, a análise, no capítulo 2, recairá sobre os cargos públicos de provimento em comissão.

Para tanto, abordar-se-á, inicialmente, os conceitos e as diferenças entre cargos, empregos e funções públicas; a criação, a transformação, a extinção, o provimento e os diversos tipos de classificação dos cargos públicos; bem como a regra do concurso público para acesso aos cargos e as hipóteses de sua dispensa.

Feitas essas considerações sobre os cargos públicos de uma forma geral, o estudo continuará com o exame específico dos cargos de provimento em comissão, a partir do tratamento conferido pelas Constituições brasileiras no decorrer do tempo, não apenas até o advento da Constituição Federal de 1988, mas também considerando as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, as quais tiveram por finalidade coibir abusos na criação e no provimento dessa espécie de cargo público.

Ainda no capítulo 2, tratar-se-á das diferenças existentes entre os servidores titulares de cargos comissionados e os agentes políticos; da relação entre o princípio democrático e os cargos em comissão; da confiança exigida para o provimento dos cargos em comento e os limites à sua criação; das distinções entre os cargos em comissão e as funções de confiança, ambos previstos pelo art. 37, V, da Lei Maior; e, por fim, da disciplina normativa dos servidores ocupantes de cargos de provimento em comissão.

Já no capítulo 3, será estudada a discricionariedade administrativa: em que ela consiste; onde pode existir; e os seus limites.

No que concerne aos cargos de provimento em comissão, analisar-se-á a discricionariedade em tese existente na nomeação do futuro titular, bem como os limites impostos pela lei e aqueles decorrentes dos princípios constitucionais que norteiam a atuação da Administração Pública, em especial os previstos pelo art. 37,

caput, da Constituição Federal, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Finalmente, no último capítulo, será examinado o controle do ato de nomeação tanto pela Administração Pública (como decorrência de seu poder de autotutela), como pelo Poder Legislativo (de forma direta ou com o auxílio do Tribunal de Contas) ou pelo Poder Judiciário (desde que provocado, em razão do princípio da inércia da jurisdição).

Outrossim, buscar-se-á identificar as hipóteses de ilegalidade em sentido amplo do ato de nomeação (vale dizer, de inobservância da lei ou dos princípios aplicáveis à espécie) e as consequências do reconhecimento de tal vício.

Especial enfoque será dado ao tema atinente ao nepotismo (sentido da expressão, relação com o patrimonialismo e tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico nacional), bem como à Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal (sobretudo os precedentes jurisprudenciais que embasaram a sua edição, alcance da súmula e análise crítica do seu enunciado).

Por meio deste trabalho, pretende-se demonstrar a relevância dos cargos de provimento em comissão na estrutura da Administração Pública e para a concretização do princípio democrático, além de identificar, especialmente à luz dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública, os limites à liberdade de nomeação prevista pelo art. 37, II, da Lei Maior, e, por consequência, as situações que, efetiva e independentemente da opinião popular (que associa o nepotismo à corrupção), implicam ofensa ao ordenamento jurídico pátrio e que, assim, são passíveis de controle e de invalidação pelos órgãos públicos legitimados.

1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

1.1 Administração Pública: sentido da expressão e considerações históricas

A expressão Administração Pública é utilizada, usualmente, em dois aspectos diversos: (a) o subjetivo, orgânico ou formal, hipótese em que se refere aos entes (pessoas jurídicas, órgãos ou agentes públicos) que exercem a função administrativa (uma das três atividades estatais); e (b) o objetivo, material ou funcional, caso em que designa a própria função administrativa,⁶ que pode ser entendida como o conjunto de atividades desempenhadas com o propósito de realizar os fins objetivados pelo Estado e atender ao interesse público (interesse da sociedade como um todo e, que, dessa forma, transcende os interesses individuais⁷), sempre em conformidade com as normas que compõem o ordenamento jurídico e, portanto, sujeita a controle pelo Poder Judiciário.⁸ Importante notar que, embora a função administrativa seja típica do Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário também a exercem. Portanto, como observa Celso Ribeiro Bastos, apesar de presente de forma mais acentuada no Poder Executivo, a Administração Pública não se confunde com nenhum dos Poderes estatais.⁹

⁶ Nesse sentido, os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 45).

⁷ Oportuno citar, a respeito, o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual o interesse público “nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 57). Insta notar que os interesses públicos não são passíveis de apropriação, o que os torna indisponíveis. De fato, a Administração (aqui considerada no sentido subjetivo), não dispõe dos interesses públicos, mas tem o dever de os perseguir e proteger, sempre em observância ao estabelecido pelo ordenamento jurídico.

⁸ Função administrativa, nos dizeres de Marçal Justen Filho “é o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente e que se faz sob regime jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 37). Já Diogenes Gasparini, com base nos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, pondera que “administrar, como atividade ou função administrativa, é gerir bens, interesses e serviços, segundo a lei, a moralidade e a finalidade de certo patrimônio entregue à guarda, conservação e aprimoramento de alguém que não o seu proprietário. (...) Assim, a atividade administrativa é a gestão, nos termos da lei e da moralidade administrativa, de bens, interesses e serviços públicos visando o bem comum” (GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 56).

⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 63-64.

Do exposto, constata-se que a Administração Pública (que, de forma geral, refere-se ao conjunto de pessoas, físicas ou jurídicas, e órgãos incumbidos de realizar e proteger o interesse público) é parte do Estado. Surgiu, portanto, com o próprio surgimento do Estado.

No Estado Moderno Absolutista, o poder, antes pertencente aos senhores feudais, passou a ser centralizado na figura de um soberano. Nessa época, tendo em vista que o Estado era considerado patrimônio do monarca, a Administração Pública tinha cunho patrimonialista e caracterizava-se pela confusão entre as esferas pública e privada. Sobre esse período, Frederico Jorge Gouveia de Melo registra que:

Os soberanos e seus séquitos obtinham poder e viviam das rendas do Estado, que mantinha em sua estrutura, com a cobrança de impostos, uma legião de “funcionários” vinculados por laços de família ou de agregação às camadas mais abastadas da sociedade. Era essa a principal característica da administração patrimonialista.¹⁰

Acerca do patrimonialismo, importante notar que Max Weber o considera como uma das espécies de dominação tradicional. Dominação, para o autor, é “a probabilidade de encontrar obediência para ordens específicas (ou todas) dentro de determinado grupo de pessoas”. Haveria, então, três tipos de dominação: racional-legal (fundamentada na “crença da legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação”); tradicional (“baseada na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições, representam a autoridade”); e carismática (fundamentada na “veneração extracotidiana da santidade, do poder heroico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas”). Patrimonial, segundo Weber, seria “toda dominação que, originariamente orientada pela tradição, se exerce em virtude de pleno direito pessoal”.¹¹

¹⁰ MELO, Frederico Jorge Gouveia de. *Admissão de pessoal no serviço público: procedimentos, restrições e controles*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 29.

¹¹ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; rev. téc. de Gabriel Cohn. 4. ed., Brasília: UnB, v. 1, 2000. p. 137-141 e 152.

Com o advento do Estado de Direito Liberal,¹² caracterizado, sobretudo, pela submissão às leis e pela garantia aos direitos do cidadão (em especial, liberdade, igualdade e propriedade), surge o paradigma burocrático da Administração Pública.

A Administração Pública burocrática foi concebida para superar os aspectos negativos do patrimonialismo. Com o advento do capitalismo e da democracia, tornou-se necessária a adoção de um modelo de administração que partisse da clara distinção entre as searas pública e privada, bem como da separação entre o político e o administrador público.¹³ As principais características da administração burocrática moderna são a centralização das decisões, a hierarquia, a valorização do mérito profissional, bem como a fixação de normas rígidas como forma de limitar e controlar o agir dos agentes públicos.

De acordo com Max Weber, o quadro administrativo burocrático (meio pelo qual se exerce o tipo mais puro de dominação legal) é composto de funcionários dotados dos seguintes traços característicos: são pessoalmente livres e obedecem apenas às obrigações objetivas de seu cargo; são nomeados (e não eleitos) numa hierarquia rigorosa dos cargos e detêm competências funcionais fixas; possuem qualificação profissional verificada mediante prova e certificada por diploma; são remunerados com salários fixos em dinheiro, estabelecidos conforme posição na hierarquia e responsabilidade do cargo; exercem seu cargo como profissão única ou principal; têm a perspectiva de uma carreira, com progressão por tempo de serviço e/ou eficiência; trabalham em separação absoluta dos meios administrativos e sem

¹² A respeito das alterações decorrentes da mudança do Estado Absolutista para o Estado de Direito Liberal, interessante transcrever os apontamentos feitos por Adriana da Costa Ricardo Schier: “O Estado não é mais o rei. É o povo no parlamento, é a busca de uma finalidade comum. O Estado, que era ‘tudo’, inclusive absoluto, passa a ser o mínimo – aquele que, exceto em campos bem determinados – no exercício do poder de polícia e na execução de atividades que não eram rentáveis para a iniciativa privada –, não interfere na esfera dos indivíduos (princípio liberal)” (SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Da administração pública burocrática à gerencial. A influência de Max Weber. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 24, p. 22-50, jan./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/24/pr/pr5.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2013).

¹³ Nesse sentido, os ensinamentos de: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Uma reforma gerencial da administração pública no Brasil. *Revista do Serviço Público*, Brasília, 49 (1), p. 5-6, jan. 1998. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1997/92refadm.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

apropriação do cargo; e estão submetidos a um sistema rigoroso e homogêneo de disciplina e controle do serviço.¹⁴

Interessante, neste ponto, trazer à colação a diferenciação entre o funcionalismo patrimonial e o burocrático, segundo Sérgio Buarque de Holanda:

Para o funcionário “patrimonial”, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles 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 as suas capacidades próprias. Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático.¹⁵

A adoção do modelo burocrático da administração ocorreu, em países do continente europeu, no século XIX e, nos Estados Unidos, no começo do século XX. Já no Brasil, conforme será visto adiante, a reforma burocrática aconteceu na década de 1930.

Porém, como já pontuava Max Weber, burocratização e democratização dentro da administração do Estado “aumentam os dispêndios em dinheiro do tesouro público”.¹⁶

De fato, embora o modelo burocrático tenha se mostrado satisfatório durante o Estado Liberal (cuja principal função era a de garantir as liberdades individuais), com o crescimento do aparato estatal e advento do Estado Social (voltado ao atendimento de direitos sociais, como saúde e educação), o paradigma burocrático de administração, além de caro, revelava-se moroso e não atendia, de forma eficiente, às necessidades da população.

¹⁴ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva* cit., p. 144.

¹⁵ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. 4. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 146.

¹⁶ WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. Tradução de Waltensir Dutra. 5. ed. (reimpr.). Rio de Janeiro: LTC, 2010. p. 157.

A respeito das razões que culminaram na substituição do paradigma de administração burocrática, interessante mencionar as ponderações feitas por Luiz Carlos Bresser Pereira, *in verbis*:

No momento, entretanto, que o Estado se transformou no grande Estado social e econômico do século XX, assumindo um número crescente de serviços sociais – a educação, a saúde, a cultura, a previdência e a assistência social, a pesquisa científica – e de papéis econômicos – regulação do sistema econômico interno e das relações econômicas internacionais, estabilidade da moeda e do sistema financeiro, provisão de serviços públicos e de infraestrutura, – nesse momento, o problema da eficiência tornou-se essencial. Por outro lado a expansão do Estado respondia não só às pressões da sociedade mas também às estratégias de crescimento da própria burocracia. A necessidade de uma administração pública gerencial, portanto, decorre de problemas não só de crescimento e da decorrente diferenciação de estruturas e complexidade crescente da pauta de problemas a serem enfrentados, mas também de legitimação da burocracia perante as demandas da cidadania.

Após a II Guerra Mundial há uma reafirmação dos valores burocráticos, mas, ao mesmo tempo, a influência da administração de empresas começa a se fazer sentir na administração pública. As ideias de descentralização e de flexibilização administrativa ganham espaço em todos os governos. Entretanto a reforma da administração pública só ganhará força a partir dos anos 70, quando tem início a crise do Estado, que levará à crise também a sua burocracia. Em consequência, nos anos de 1980 inicia-se uma grande revolução na administração pública dos países centrais em direção a uma administração pública gerencial.¹⁷

Neste ponto, é importante observar que, com o fracasso das experiências socialistas na Europa (representada sobretudo pela queda do Muro de Berlim, em 1989), o socialismo deixou de representar uma ameaça ao sistema econômico dominante (capitalismo). Com isso, o Estado – um dos instrumentos utilizados para salvaguardar o capitalismo e que, ao longo do século XX, viu-se obrigado a garantir às massas desprovidas uma parcela daquilo que era prometido pelo socialismo – pôde se retrair.¹⁸ No entanto, segundo Fábio Ulhoa Coelho, se tomado pelo ponto de vista liberal, a questão da redução do Estado, no fim do século XX, tem uma explicação diferente:

¹⁷ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, 47 (1), p. 5, jan./abr. 1996. Disponível em: <<http://bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2013.

¹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. Reforma do Estado e direito concorrencial. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 192.

Para esta visão, o desenvolvimento da Informática, da *Internet*, o aumento das possibilidades de comunicação entre pessoas dos mais diversos pontos do Planeta, fazem com que ocorra uma integração, pode-se dizer, forçada entre as economias nacionais. Estão dadas as condições tecnológicas de uma integração comercial planetária. Isto, no entanto, demanda maior agilidade das diversas economias para enfrentar a concorrência global. (...) A globalização força a reliberalização do Estado, na visão dos teóricos liberais.¹⁹

Ainda acerca das alterações pelas quais passou o Estado no fim do século anterior, vale citar as considerações de Zuleta Puceiro:

O cenário de reacomodação econômico-global que se iniciou há duas décadas acelerou-se a partir das transformações políticas derivadas da derrubada das experiências de “socialismo real” e da mudança estrutural nas condições e contexto da economia internacional. Neste horizonte, as relações entre Estado, economia e sociedade passaram a ser objeto de questionamentos e debates profundos. (...) a maior parte dos observadores coincide ao apontar a tendência no sentido de uma redefinição do setor público, enfatizando a busca de um novo tipo de combinação de esforços públicos e privados; uma formulação mais clara e precisa do Estado como mecanismo de regulação e controle e um reconhecimento dos processos de desregulamentação e privatização como ferramentas decisivas para a configuração de economias mais abertas e competitivas.²⁰

O fato é que o novo cenário mundial do fim do século XX, marcado pelo pensamento neoliberal²¹ e pela globalização da economia,²² acarretou a retração do

¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Reforma do Estado e direito concorrencial. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico* cit., p. 192-193.

²⁰ PUCEIRO, Zuleta. O processo de globalização e a reforma do Estado. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 106.

²¹ Já no fim da década de 1970, o pensamento neoliberal influenciou diversas políticas econômicas, como ocorreu no governo de Margareth Thatcher, na Inglaterra (1979), e de Ronald Reagan, nos Estados Unidos (1981), “sendo denominador comum dessas políticas a desregulamentação dos mercados, privatizações, quebras de monopólios, fim da crença de que o Estado seria obrigado a promover o pleno emprego, redução do poder dos sindicatos e reformulação das leis trabalhistas” (NICZ, Alvacir Alfredo; DINIZ, Cláudio Smirne. O desenvolvimento econômico segundo o pensamento neoliberal e seus reflexos nas Emendas à Constituição da República de 1988. *Revista de Direito Público da Economia RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 7-8, out./dez. 2008). Outrossim, registre-se que, a partir do Consenso de Washington (1989), instituições financeiras como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial passaram a recomendar aos países em desenvolvimento um conjunto de medidas de caráter neoliberal sob a justificativa de que seriam elas necessárias para promover o progresso econômico. Entre essas medidas podem ser citadas a redução dos gastos públicos, a privatização de estatais, a desregulamentação e a abertura do mercado para os fluxos de capitais internacionais. Conforme Mário Engler Pinto Junior, o Consenso de Washington tinha como principal proposta “a ampla reforma do setor público e a redefinição do papel do Estado”, vale dizer, “o Estado deveria reduzir de tamanho – e conseqüentemente também a sua função empresarial – para concentrar a atuação em áreas consideradas tipicamente estatais (v.g.

Estado e a necessidade de uma redefinição do setor público (e, conseqüentemente, da Administração Pública).

Assim, na década de 1980, especialmente no Reino Unido, na Austrália e na Nova Zelândia, iniciou-se um processo de reorganização da Administração Pública, com foco na busca da eficiência da atuação estatal e na redução de custos, que resultou no surgimento de um novo modelo baseado na administração de empresas: o modelo da administração gerencial.

A administração gerencial “seria consequência dos avanços tecnológicos e da nova organização política e econômica mundial, para tornar o Estado capaz de competir com outros países”.²³

Podem ser indicadas como as principais características da Administração Pública gerencial: a descentralização política, com a transferência de verbas e competências para os governos estaduais e municipais; a descentralização administrativa; a diminuição dos níveis hierárquicos das organizações (em contraposição às estruturas piramidais) e a flexibilização destas como forma de melhor responder à complexidade das relações sociais; o controle dos resultados em substituição ao controle de cada etapa do procedimento administrativo; a premissa é a confiança limitada em relação ao agente público (e não a completa desconfiança); bem como a busca do atendimento ao cidadão.

Feitas essas considerações gerais acerca da evolução da Administração Pública, passaremos a analisar de que forma tais mudanças ocorreram, especificamente, no Brasil.

educação, saúde, segurança pública, defesa nacional, organização da justiça)” (PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 45).

²² A globalização econômica “significa a integração dos mercados pela abertura comercial e estímulo da competição internacional, combinada com a liberalização do fluxo de capitais” (PINTO JUNIOR, *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*, p. 46).

²³ MAFRA FILHO, Francisco de Salles Almeida. Administração Pública burocrática e gerencial. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 5, n. 55, p. 2, set. 2005.

1.2 O Estado brasileiro e o patrimonialismo

O patrimonialismo foi herdado pelo Brasil da cultura colonial de Portugal e repercutiu ao longo da nossa história. O tema é abordado, no cenário nacional, por autores como Raymundo Faoro, Sérgio Buarque de Holanda e Oliveira Viana.

Raymundo Faoro, na obra “Os donos do poder” dedica-se a analisar a formação da identidade política do Brasil a partir da influência de Portugal.

Ao tratar da história do Estado português, o autor destaca a confusão que existia entre o patrimônio do rei e o bem público, *in verbis*:

A coroa conseguiu formar, desde os primeiros golpes da reconquista, imenso patrimônio rural (bens “requengos”, “regalengos”, “regoengos”, “regeengos”), cuja propriedade se confundia com o domínio da casa real, aplicado o produto nas necessidades coletivas ou pessoais, sob as circunstâncias que distinguem mal o bem público do bem particular, privativo do príncipe. (...) A propriedade do rei – suas terras e seus tesouros – se confundem nos seus aspectos público e particular. Rendas e despesas se aplicam, sem discriminação normativa prévia, nos gastos de família ou em obras e serviços de utilidade geral. O rei, na verdade, era o senhor de tudo (...).²⁴

A respeito da sociedade brasileira, Raymundo Faoro a define como uma sociedade de estamento, que corresponde a “uma camada organizada e definida politicamente por suas relações com o Estado, e, socialmente, por seu *modus vivendi* estilizado e exclusivista”.²⁵ Para Faoro, o estamento, “primariamente uma camada social e não econômica”, surge, de modo natural, “nas sociedades em que o mercado não domina toda a economia, a sociedade feudal ou patrimonial”, sendo que o “patrimonialismo, organização política básica, fecha-se sobre si próprio com o estamento”.²⁶

²⁴ *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Globo, 1997. p. 4 e 8.

²⁵ CAMPANTE, Rubens Goyatá. O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 1, p. 154, 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v46n1/a05v46n1.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2013.

²⁶ FAORO, Raymundo. Op. cit., p. 46 e 84.

Rubens Goyatá Campante, em texto dedicado a analisar o patrimonialismo em Faoro e Weber, pontua que o controle patrimonialista do Estado é o instrumento de poder do estamento. Nas palavras do autor:

O instrumento de poder do estamento é o controle patrimonialista do Estado, traduzido em um Estado centralizador e administrado em prol da camada político-social que lhe infunde vida. Imbuído de uma racionalidade pré-moderna, o patrimonialismo é intrinsecamente personalista, tendendo a desprezar a distinção entre as esferas pública e privada. Em uma sociedade patrimonialista, em que o particularismo e o poder pessoal reinam, o favoritismo é o meio por excelência de ascensão social, e o sistema jurídico, *lato sensu*, englobando o direito expresso e o direito aplicado, costuma exprimir e veicular o poder particular e o privilégio, em detrimento da universalidade e da igualdade formal-legal. O distanciamento do Estado dos interesses da nação reflete o distanciamento do estamento dos interesses do restante da sociedade.²⁷

Em sua análise sobre o Brasil, Faoro aponta uma constante omissão do povo diante da esfera de atuação estatal. A sociedade civil brasileira não se contrapõe ao Estado; as controvérsias entre o estamento e o governante “confrontadas com uma fraqueza popular congênita”, são “deixadas em segundo plano, quando não simplesmente ignoradas”.²⁸

Já para Sérgio Buarque de Holanda não existiu, no Brasil, uma plena ruptura entre o espaço público e as relações familiares. Segundo o autor, o Estado não é uma ampliação do círculo familiar; entre essas searas existe uma descontinuidade e até uma oposição. Todavia, em nosso País, apenas de forma excepcional existiu um sistema administrativo e um quadro de funcionários dedicados a interesses puramente objetivos, tendo, em regra, prevalecido interesses particulares. Em suas palavras:

(...) 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

²⁷ CAMPANTE, Rubens Goyatá. Op. cit., p. 154-155.

²⁸ Idem, ibidem, p. 164.

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.²⁹

O brasileiro, definido por Sérgio Buarque de Holanda como típico “homem cordial” (caracterizado pela afabilidade, hospitalidade e emotividade), tem dificuldade de travar relações sociais de modo impessoal e formal.

Sob a ótica de Oliveira Viana, a sociedade brasileira, submetida a uma tradição de marcante influência da família na área pública, é caracterizada pelo individualismo, pela busca de satisfação de interesses pessoais e pela consequente dificuldade de delimitação das esferas pública e privada. De acordo com o doutrinador, o interesse pessoal ou de família, em razão da baixa densidade do nosso sentimento de interesse coletivo, tem, no comportamento político dos homens públicos brasileiros, “mais peso, mais força, mais importância determinante, em geral, do que as considerações do interesse coletivo ou nacional. (...) Os órgãos do Estado são (...) apenas uma força posta à sua disposição para servir aos amigos e aos seus interesses”.³⁰

Ainda a respeito da influência das relações pessoais sobre a vida pública, é interessante também registrar o pensamento de Roberto DaMatta, para quem o sistema brasileiro opera em dois padrões diversos: um que especifica até o nível biográfico; e outro, conhecido como “legiferante”, que “atua por meio de leis globais, evitando a todo o momento o contato direto com os indivíduos”. Explica o autor:

É como se tivéssemos duas bases por meio das quais pensássemos o nosso sistema. No caso das leis gerais e da repressão, seguimos sempre o código burocrático ou a vertente impessoal e universalizante, igualitária do sistema. Mas, no caso das situações concretas, daquelas que a “vida” nos apresenta, seguimos sempre o código das relações e da moralidade pessoal, tomando a vertente do “jeitinho”, da “malandragem”, e da solidariedade como eixo de ação. Na primeira escolha, nossa unidade é o *indivíduo*; na segunda, a *pessoa*. A pessoa merece solidariedade e um tratamento diferencial.

²⁹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. Op. cit., p. 146.

³⁰ VIANA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999. p. 308.

O indivíduo, ao contrário, é o sujeito da lei, foco abstrato para quem as regras e a repressão foram feitas.³¹ (destaques no original)

Para Roberto DaMatta, poder personalizar a lei revela quem é uma pessoa (e não apenas um indivíduo, ao qual se aplica a letra fria e dura da lei). Assim, a lei universalizante é, frequentemente, utilizada como instrumento de sujeição e diferenciação social e política. No Brasil, os sistemas de caráter universal são permeados pelos sistemas de relações pessoais.³²

Com base no exposto, observa-se que, no Brasil, por razões históricas advindas da época colonial que definiram as características do povo (individualista e omissivo diante da vida pública), preponderou, ao longo do tempo, o interesse individual sobre o interesse público e, por consequência, certa confusão entre as esferas pública e privada, traço característico do patrimonialismo. Daí podermos concluir que o Estado brasileiro, como reflexo da realidade social, tem forte tradição patrimonialista.

1.3 Os modelos burocrático e gerencial no Brasil

A administração burocrática, no Brasil, foi introduzida em 1936, durante o governo do Presidente Getúlio Vargas, por meio da reforma organizada por Luís Simões Lopes e Maurício Nabuco. No referido ano, foi criado o Conselho Federal do Serviço Público Civil.

O paradigma da administração burocrática no País surgiu em um período de aceleração da industrialização, em que o Estado passou a intervir de forma intensa na área de produção de bens e serviços. A adoção de tal modelo de administração decorreu diretamente da emergência de um capitalismo moderno no Brasil.³³

³¹ DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997. p. 218.

³² Idem, *ibidem*, p. 237 e 247.

³³ Nesse sentido, os apontamentos trazidos pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, p. 18 (MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO (MARE). *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República. Imprensa Oficial, set. 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2013).

A admissão de pessoal por meio de concurso público; o aprimoramento dos funcionários; a criação de planos de carreira; a fiscalização do serviço público; bem como o planejamento e fiscalização orçamentária, podem ser apontados como os principais aspectos da reforma burocrática no âmbito da Administração Pública brasileira.

Vale notar que, em 1938, o Conselho Federal do Serviço Público Civil foi substituído pelo Departamento Administrativo de Serviço Público (DASP).

O DASP, primeira autarquia do País, foi criado pelo Decreto-lei n. 579, de 1938, e tinha, entre suas atribuições: o estudo detalhado da Administração Pública, com o propósito de estabelecer, segundo critérios de economia e eficiência, as modificações a serem feitas na organização dos serviços públicos; selecionar candidatos aos cargos públicos federais; promover a readaptação e o aperfeiçoamento dos funcionários civis da União; bem como inspecionar os serviços públicos (art. 2º do diploma normativo em análise).³⁴

A respeito das mudanças práticas decorrentes da criação do DASP, interessante mencionar as considerações formuladas no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, *in verbis*:

No que diz respeito à administração dos recursos humanos, o DASP representou a tentativa de formação da burocracia nos moldes weberianos, baseada no princípio do mérito profissional. Entretanto, embora tenham sido valorizados instrumentos importantes à época,

³⁴ Por meio do Decreto n. 93.211, de 3 de setembro de 1986, foi extinto o DASP e criada a Secretaria de Administração Pública da Presidência da República (SEDAP). Após, a Medida Provisória n. 39, de 15 de fevereiro de 1989, que foi convertida na Lei n. 7.739/1989, transferiu para a Secretaria de Planejamento e Coordenação da Presidência da República (SEPLAN) as atribuições que eram da SEDAP (art. 2º da mencionada Lei). Com isso, a SEPLAN passou a desempenhar todas as atividades atinentes à gestão de funcionários no âmbito do Poder Executivo federal. Em 1990, a SEPLAN foi extinta, em razão do advento da Lei n. 8.028/1990, que atribuiu à Secretaria da Administração Federal (SAF) a competência para “realizar estudos, formular diretrizes, orientar normativamente, planejar, coordenar, supervisionar e controlar os assuntos referentes ao pessoal civil da Administração Pública Federal direta, indireta e fundacional, bem assim os referentes aos serviços gerais, à modernização e organização administrativas e aos sistemas e serviços de processamento de dados dessas entidades” (art. 15). Já em 1995, a SAF foi transformada no Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE), órgão criado por meio da Medida Provisória n. 813, de 1º de janeiro de 1995, que, após sucessivas reedições, foi convertida na Lei n. 9.649/1998. Por fim, em 1999, o MARE foi extinto (Medida Provisória n. 1.795, de 1º de janeiro de 1999, que introduziu alterações na Lei n. 9.649/1998), sendo as suas atribuições transferidas, por meio do Decreto n. 2.923/1999 (art. 8º), ao Ministério do Orçamento e Gestão (atual Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão).

tais como o instituto do concurso público e do treinamento, não se chegou a adotar consistentemente uma política de recursos humanos que respondesse às necessidades do Estado. O patrimonialismo (contra o qual a administração pública burocrática se instalara), embora em processo de transformação, mantinha ainda sua própria força no quadro político brasileiro. O coronelismo dava lugar ao clientelismo e ao fisiologismo.³⁵

Assim, em que pesem as mudanças introduzidas pela reforma burocrática no Brasil terem representado importante passo no sentido de combater o patrimonialismo, ainda se mostravam necessárias alterações que fossem capazes de atender, de forma eficiente, às demandas do País.

Iniciou-se, então, um processo de flexibilização das rígidas regras burocráticas. Nesse sentido, o Decreto-lei n. 200/1967,³⁶ editado durante o regime militar (governo do Presidente Humberto de Alencar Castello Branco), implementou uma reforma administrativa que tinha por escopo, a partir de regras menos rígidas, aumentar a eficiência da atuação estatal por meio da transferência de atividades para as autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas. O objetivo era aumentar e fortalecer a Administração Pública indireta e, ao mesmo tempo, desobstruir a Administração direta, tornando-a mais dinâmica. Contudo, as mudanças introduzidas pelo diploma normativo em comento, na verdade, acabaram por enfraquecer a burocracia e, em contrapartida, favorecer o nepotismo e o clientelismo.

Em meados da década de 1970, foi criada a Secretaria da Modernização (SEMOR). Já por meio do Decreto n. 83.740, de 18 de julho de 1979, foi instituído o Programa Nacional de Desburocratização, “destinado a dinamizar e simplificar o funcionamento da Administração Pública Federal” (art. 1º).³⁷

³⁵ MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO (MARE). Brasília: Presidência da República. Imprensa Oficial, set. 1995, p. 19. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

³⁶ Dispõe sobre a organização da Administração federal, estabelece diretrizes para a reforma administrativa e dá outras providências.

³⁷ O Programa Nacional de Desburocratização, nos termos do art. 3º do Decreto n. 83.740/1979, tinha por objetivos: “a) construir para a melhoria do atendimento dos usuários do serviço público; b) reduzir a interferência do Governo na atividade do cidadão e do empresário e abreviar a solução dos casos em que essa interferência é necessária, mediante a descentralização das decisões, a simplificação do trabalho administrativo e a eliminação de formalidades e exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco; c) agilizar a execução dos programas federais para assegurar o

Todavia, a Constituição Federal de 1988, em resposta a traços típicos do patrimonialismo que ainda se mostravam bastante presentes no aparato estatal (como o empreguismo), retomou a rigidez do modelo da administração burocrática. Como exemplos das alterações introduzidas pela Lei Maior de 1988 podem ser citadas a obrigatória instituição de um regime jurídico único para os servidores públicos civis da União, dos Estados e dos Municípios; a exigência, em regra, de prévia realização de concurso público para o preenchimento de cargo ou emprego públicos; a restrição à flexibilidade de atuação das pessoas jurídicas de direito público da Administração indireta (autarquias e fundações públicas de direito público), uma vez que passaram a se submeter ao mesmo regime jurídico da Administração direta; bem como o aumento do controle sobre as empresas estatais.

Segundo a ótica gerencialista, apesar de as alterações insertas na Constituição Federal de 1988 terem, de um lado, contribuído no sentido de combater mazelas da Administração Pública brasileira, por outro lado, implicaram o seu engessamento e, ainda, o aumento dos gastos públicos e da ineficiência da atuação estatal.³⁸

Na década de 1990, em um quadro de crises fiscal e administrativa, o Brasil deu início a um processo de reforma do aparelho do Estado. Com isso, em 1995, durante o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, foi elaborado pelo

cumprimento dos objetivos prioritários do Governo; d) substituir, sempre que praticável, o controle prévio pelo eficiente acompanhamento da execução e pelo reforço da fiscalização dirigida, para a identificação e correção dos eventuais desvios, fraudes e abusos; e) intensificar a execução dos trabalhos da Reforma Administrativa de que trata o Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, especialmente os referidos no Título XIII; f) fortalecer o sistema de livre empresa, favorecendo a empresa pequena e média, que constituem a matriz do sistema, e consolidando a grande empresa privada nacional, para que ela se capacite, quando for o caso, a receber encargos e atribuições que se encontram hoje sob a responsabilidade de empresas do Estado; g) impedir o crescimento desnecessário da máquina administrativa federal, mediante o estímulo à execução indireta, utilizando-se, sempre que praticável, o contrato com empresas privadas capacitadas e o convênio com órgãos estaduais e municipais; h) velar pelo cumprimento da política de contenção da criação indiscriminada de empresas públicas, promovendo o equacionamento dos casos em que for possível e recomendável a transferência do controle para o setor privado, respeitada a orientação do Governo na matéria”.

³⁸ No que tange ao aumento da ineficiência da atuação estatal, Bresser Pereira destaca que uma de suas causas foi a previsão, pela Constituição Federal de 1988, de um sistema de estabilidade rígido para os servidores públicos. Segundo ele, “a extensão da estabilidade a todos os servidores públicos, ao invés de limitá-la apenas às carreiras onde se exerce o poder de Estado, e o entendimento dessa estabilidade de uma forma tal qual a ineficiência, a desmotivação, a falta de disposição para o trabalho não pudessem ser punidos com a demissão, implicaram em um forte aumento da ineficiência do serviço público” (Da Administração Pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, 47 (1), p. 14, jan./abr. 1996).

Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE) o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado,³⁹ que visava implementar a transição de uma administração pública burocrática para um paradigma gerencial.

1.4 Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado

De acordo com Bresser Pereira, eram dois os objetivos da reforma do Estado: (a) a curto prazo, facilitar o ajuste fiscal, por meio de medidas como a exoneração de funcionários por excesso de quadros, definição objetiva de teto remuneratório para os servidores públicos e modificação do sistema de aposentadoria (mediante aumento do tempo mínimo de serviço, fixação de idade mínima e valor proporcional à contribuição); e (b) a médio prazo, modernizar e tornar mais eficiente a Administração, priorizando o atendimento do cidadão, o que seria alcançado mediante o fortalecimento da Administração Pública direta (ou “núcleo estratégico” do Estado) e, ao mesmo tempo, descentralização da Administração por meio da criação de “agências autônomas” e de organizações sociais a serem controladas por meio de contratos de gestão.⁴⁰

Importante notar que o Plano Diretor reconhecia, no aparelho do Estado, a existência de quatro setores, quais sejam:

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

³⁹ O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado foi aprovado, em 21 de setembro de 1995, pela Câmara da Reforma do Estado, que era presidida pelo então Ministro Chefe da Casa Civil Clóvis Carvalho e tinha como membros os, à época, Ministros Luiz Carlos Bresser Pereira (Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado), Paulo Paiva (Ministro do Trabalho), Pedro Malan (Ministro da Fazenda), José Serra (Ministro do Planejamento e Orçamento) e Gen. Benedito Onofre Bezerra Leonel (Ministro Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas). Após a aprovação da Câmara da Reforma do Estado, o Plano Diretor foi submetido à aprovação do então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso e foi publicado em novembro de 1995.

⁴⁰ Da Administração Pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, 47 (1), p. 17-18, jan./abr. 1996.

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 infraestrutura. 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.

As mudanças propostas pela reforma partiam das peculiaridades existentes em cada um dos quatro segmentos acima elencados.

Assim, no que tange ao núcleo estratégico, o Plano Diretor buscava aumentar a sua efetividade e modernizar a administração burocrática por meio da profissionalização do serviço público (adoção de política de carreiras, de realização de concursos públicos anuais, de administração salarial e de programas de educação continuada, além da introdução de cultura gerencial baseada nas avaliações de desempenho). O núcleo estratégico, ainda, deveria ser dotado de capacidade gerencial com o propósito de definir e supervisionar os contratos de gestão com as agências autônomas e organizações sociais.

Quanto às atividades exclusivas do Estado, o objetivo era o de transformar as autarquias e fundações públicas que possuíssem poder estatal em agências autônomas, que seriam administradas por contratos de gestão. Os dirigentes,

escolhidos pelo Ministro de Estado segundo critérios profissionais e não necessariamente pertencentes aos quadros funcionais, teriam liberdade para administração de recursos humanos, materiais e financeiros, mas estariam vinculados ao atendimento das metas previamente estabelecidas. Logo, o controle a ser exercido sobre tais atividades deixaria de incidir em todas as etapas dos procedimentos (como ocorre no modelo de administração burocrática) para ser feito apenas posteriormente e sobre os resultados. Outra meta almejada nesse setor era o fortalecimento da participação popular tanto na formulação como na avaliação das políticas públicas.

Já em relação aos serviços não exclusivos do Estado, o Plano propunha transferi-los, através de um processo de “publicização”, para o setor público não estatal, o que seria feito mediante a transformação das fundações públicas em organizações sociais (entidades com personalidade jurídica de direito privado, sem finalidade lucrativa, que teriam autorização do Poder Legislativo para celebrar contrato de gestão com o Poder Executivo e direito a dotação orçamentária).⁴¹ Buscava-se, com isso, maior autonomia para os dirigentes desses serviços; maior parceria entre o Estado (que financiaria a instituição), a organização social e a sociedade (a qual, além de exercer controle, deveria também financiar, de forma minoritária e por intermédio de aquisição de serviços e doações, as organizações sociais); e, ainda, maior eficiência e menor custo dos serviços públicos.

Finalmente, no que concerne ao setor de produção de bens e serviços para o mercado, a estratégia traçada era a de continuar o processo de privatização; reorganizar e fortalecer os órgãos de regulação dos monopólios naturais que fossem privatizados; e realizar contratos de gestão com as empresas que não pudessem ser privatizadas. Percebe-se, assim, que era almejada a diminuição da prestação direta de atividades econômicas pelo Estado e, em contrapartida, a ampliação da sua função regulatória.

⁴¹ A esse respeito, oportuno notar que Bresser Pereira ressaltou que o programa de publicização não poderia ser confundido com um programa de privatização, uma vez que as novas entidades manteriam o seu caráter público e financiamento pelo Estado. Para ele, o processo de publicização deveria assegurar o caráter público, mas de direito privado da nova entidade, conferindo-lhes, assim, uma maior autonomia administrativa e financeira (Da Administração Pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, 47 (1), p. 23, jan./abr. 1996).

A reforma do aparelho estatal foi concebida para ser executada em três dimensões distintas: (a) institucional-legal, mediante a alteração das leis, da Constituição Federal e das próprias instituições; (b) cultural, por meio da transição de valores burocráticos para valores gerenciais; e (c) de gestão pública, pela melhoria da administração burocrática vigente e pela introdução de ideais gerenciais, o que incluía a prestação de um serviço público mais eficiente, de menor custo e que melhor atendesse o cidadão.

A reforma administrativa foi objeto da Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro, entre outras, as seguintes alterações: inclusão da eficiência como um dos princípios da Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF); possibilidade de acesso de estrangeiros aos cargos, empregos e funções públicas, na forma da lei (art. 37, I, da CF); autorização para a previsão em lei de requisitos diferenciados para admissão do servidor público, de acordo com a natureza ou a complexidade do cargo ou emprego públicos (art. 37, II, da CF); restrições quanto às hipóteses de criação e de escolha daqueles que exercerão funções de confiança e cargos em comissão (art. 37, V, da CF); fixação de um único teto para a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos (art. 37, XI, da CF⁴²); possibilidade de aumento da autonomia gerencial, orçamentária e financeira de órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta mediante a celebração de contrato de gestão com o Poder Público (art. 37, § 8º, da CF); eliminação da obrigatoriedade de adoção de regime jurídico único para os servidores da Administração direta, autárquica e fundacional (art. 39, *caput*, da CF⁴³); previsão de manutenção pela União, pelos Estados e pelo Distrito Federal de escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos (art. 39, § 2º, da CF); adoção do subsídio fixado em parcela única, com vedação de qualquer acréscimo remuneratório, como forma de remuneração de determinadas categorias de agentes públicos (art. 39, § 4º, da CF); determinação aos Poderes Legislativo,

⁴² O dispositivo constitucional em comento sofreu nova alteração em razão do advento da Emenda Constitucional n. 41/2003.

⁴³ Vale notar que, nos autos da ADI 2135-4, o Supremo Tribunal Federal deferiu medida cautelar para suspender a eficácia do art. 39, *caput*, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998. Portanto, atualmente, vigora o texto original do art. 39, *caput*, da Lei Maior, o qual impõe o regime jurídico único para os servidores da Administração direta, das autarquias e fundações públicas.

Executivo e Judiciário de publicação anual dos “valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos” (art. 39, § 6º, da CF); ampliação do prazo para aquisição de estabilidade pelos servidores nomeados para cargos de provimento efetivo (de dois para três anos, conforme art. 41, *caput*, da CF); possibilidade de perda do cargo em razão de insuficiência de desempenho apurada em procedimento de avaliação periódica (art. 41, § 1º, III, da CF); previsão de avaliação especial de desempenho como condição para aquisição de estabilidade (art. 41, § 4º, da CF); e possibilidade de exoneração de servidores não estáveis para o cumprimento do limite de despesas com pessoal ativo e inativo dos entes federados (art. 169, § 3º, II, da CF).

São também decorrentes da reforma do aparelho do Estado o programa de privatizações; as reformas da Previdência (Emendas Constitucionais n. 20/1998 e n. 41/2003); a criação das agências executivas, das organizações sociais (OS) e, posteriormente, das organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP); bem como a publicação da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000)⁴⁴⁻⁴⁵.

Insta notar que a reforma do Estado realizada no Brasil teve como principal objetivo, tal como ocorreu nos demais países do mundo, atender às necessidades do sistema econômico capitalista em uma época de plena expansão do fenômeno da globalização. Luiz Carlos Bresser Pereira, em que pese tenha negado o caráter neoliberal dessa reforma,⁴⁶ reconhece que a proposta de uma administração pública

⁴⁴ Nesse sentido, as ponderações de Frederico Jorge Gouveia de Melo (op. cit., p. 42).

⁴⁵ A edição da Lei de Responsabilidade Fiscal evidencia o interesse do modelo de administração gerencial: “um controle amplo de gestão no sentido de otimizar os recursos públicos e privilegiar o atendimento do interesse coletivo” (CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. A Lei de Responsabilidade Fiscal como fator determinante para a consolidação do sistema de controle interno: definição do entendimento da separação de Poderes e o princípio da eficiência no “modelo gerencial” de Estado. *Interesse Público IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 62, p. 4, jul./ago. 2010).

⁴⁶ Citem-se, a propósito, as alegações de Bresser Pereira no sentido de negar o caráter neoliberal da reforma: “Algumas pessoas geralmente aquelas que até hoje se opõem à Reforma Gerencial de 1995 supõem que ela resultou não de uma iniciativa nacional, mas que tenha sido uma das reformas neoliberais que, nos termos do consenso de Washington, os países em desenvolvimento deveriam realizar com a orientação e a pressão do Banco Mundial. De fato, a partir do Plano Baker, os Estados Unidos, preocupados com seus bancos, decidiram que para enfrentar a grande crise da dívida externa dos anos 1980 não bastavam os ajustamentos monitorados pelo FMI; eram necessárias, adicionalmente, reformas neoliberais que reduzissem o Estado e aumentassem a coordenação da economia pelo mercado. Ocorre, entretanto, que a reforma gerencial não fazia parte do receituário do consenso de Washington que procurou impor reformas neoliberais aos países em desenvolvimento. Na verdade, a reforma gerencial não tinha nada de neoliberal. Não enfraquecia, mas fortalecia o

gerencial decorreu, além da crise do Estado dos anos 80, também da globalização da economia. A esse respeito, afirma Bresser Pereira:

A crise do Estado implicou na necessidade de reformá-lo e reconstruí-lo; a globalização tornou imperativa a tarefa de redefinir suas funções. Antes da integração mundial dos mercados e dos sistemas produtivos, os Estados podiam ter como um de seus objetivos fundamentais proteger as respectivas economias da competição internacional. Depois da globalização, as possibilidades do Estado de continuar a exercer esse papel diminuíram muito. Seu novo papel é o de facilitar para que a economia nacional se torne internacionalmente competitiva. A regulação e a intervenção continuam necessárias, na educação, na saúde, na cultura, no desenvolvimento tecnológico, nos investimentos em infraestrutura – uma intervenção que não apenas compense os desequilíbrios distributivos provocados pelo mercado globalizado, mas principalmente que capacite os agentes econômicos a competir a nível mundial.⁴⁷

Em relação às reformas ocorridas no âmbito da Administração Pública brasileira, para alguns autores, a flexibilização dos ideais burocráticos defendida pelo modelo gerencial acabou por intensificar práticas patrimonialistas ainda bastante presentes na realidade brasileira.⁴⁸

Estado tornando-o mais capaz e mais eficiente” (BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Os primeiros passos da reforma gerencial do Estado de 1995. *Revista Brasileira de Direito Público RBDP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 9, out./dez. 2008). Em que pesem as razões apontadas pelo ex-Ministro do governo do então Presidente Fernando Henrique Cardoso, acreditamos que o Estado brasileiro incorporou aspectos do neoliberalismo, o que se constata, entre outros, pelos seguintes motivos: alterações promovidas, a título exemplificativo, ao teor dos arts. 170, IX (Emenda Constitucional n. 6/1995 – passou a considerar empresa brasileira como aquela constituída sob as leis do Brasil e que seja aqui instalada, independentemente de ter capital nacional) e 177, § 1º, da Constituição Federal (Emenda Constitucional n. 9/1995 – flexibilização do monopólio da União atinente ao petróleo e gás natural); bem como as privatizações de empresas estatais com o propósito de reduzir a prestação direta de atividade econômica pelo Estado.

⁴⁷ Da Administração Pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, 47 (1), p. 1, jan./abr. 1996.

⁴⁸ É esse o pensamento de Tarso Cabral Violin: “Não concordamos com os posicionamentos gerencialistas de que a Constituição brasileira de 1988 não é moderna e enrijeceu ainda mais a Administração Pública, gerando o alto custo e a sua baixa qualidade; que a administração burocrática se mostrou ineficiente, lenta, de baixa qualidade, cara, pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos; e que este modelo apenas daria certo num Estado liberal, mas não no Estado social prestador de serviços. Os vícios da Administração Pública brasileira não são advindos do modelo burocrático, como defendem os gerencialistas, pois a não efetivação dos ideais de Max Weber é que mantém o clientelismo, fisiologismo e nepotismo. E, ainda, a sobreposição da burocracia à política, o que o autor criticava como legado do Governo de Bismark, está ocorrendo em nosso país justamente com a implementação do modelo gerencial. A fuga aos ideais burocráticos e a aplicação do gerencialismo fizeram com que a Administração Pública brasileira perdesse seus melhores quadros, desestruturando-a, diminuiu os recursos financeiros na prestação direta dos serviços sociais, trazendo equivocadamente para a esfera pública ideais de competição, individualismo e o fim das utopias, com um retorno claro ao patrimonialismo” (VIOLIN, Tarso Cabral.

Todavia, parece-nos que a reforma gerencial de 1995, da qual decorreu a Emenda Constitucional n. 19/1998, trouxe aspectos positivos para a Administração Pública brasileira, ao menos em relação ao tema objeto deste estudo.

De fato, a inclusão do princípio da eficiência entre os princípios previstos pelo art. 37, *caput*, da Constituição Federal acarretou uma ampliação do controle a ser exercido em relação à Administração, uma vez que passou a autorizar a análise da conformidade dos atos administrativos discricionários com o ordenamento jurídico sob mais um aspecto: se foram ou não praticados de modo que se alcançassem os melhores resultados. Ademais, medidas como a ampliação do prazo para aquisição de estabilidade pelos servidores nomeados para cargos de provimento efetivo, a previsão de possibilidade de perda do cargo em razão de insuficiência de desempenho apurada em procedimento de avaliação periódica, bem como a previsão de avaliação especial de desempenho como condição para aquisição de estabilidade, são de grande relevância para a eficiência da atuação estatal. Registre-se, ainda, que a Emenda Constitucional em comento, ao alterar a redação original do art. 37, V, da Lei Maior, restringiu as hipóteses de criação e provimento dos cargos em comissão com a finalidade de coibir abusos (como será visto no capítulo 2, item 2.5 deste trabalho).

As alterações na Administração Pública brasileira decorrentes da reforma prevista pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado não implicaram, a nosso ver, a substituição do paradigma de administração burocrático pelo modelo gerencial,⁴⁹ mas, como acima apontado, trouxeram importantes medidas tendentes a resguardar a eficiência no desempenho da atividade administrativa. Nesse sentido, as considerações de Rodrigo Pironti Aguirre de Castro:

(...) o modelo gerencial no Brasil não tem o condão de sobrepor-se – ou de certa maneira excluir – ao modelo burocrático, ao contrário, muito embora já seja aplicado em vários cenários desse novo contexto de gestão administrativa, tem ainda um caráter residual (experimental), constituindo-se numa projeção da Administração

Da Administração Pública patrimonialista à Administração Pública gerencial e a burocracia. A&C *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 7, n. 30, p. 225-247, out./dez. 2007).

⁴⁹ Luiz Carlos Bresser Pereira reconhece que uma reforma gerencial “demora 30 a 40 anos para poder ser julgada relativamente completa” (Os primeiros passos da reforma gerencial do Estado de 1995. *Revista Brasileira de Direito Público RBDP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 3, out./dez. 2008).

Pública almejada. Sinaliza o modelo gerencial, pois, para uma evolução no modelo de gestão dominante, incluindo técnicas e metodologias que são fundamentais para a eficiência na gestão da coisa pública.⁵⁰

Interessante, ainda, registrar que, segundo Luiz Carlos Bresser Pereira, a reforma gerencial de 1995 tinha por objetivo corrigir e ampliar conceitos clássicos da administração burocrática, mas não descartá-los. Em suas palavras:

Esta importância dada pela Reforma Gerencial de 1995 ao núcleo estratégico do Estado e às carreiras de Estado são indicações de que reforma não visava eliminar os conceitos clássicos da administração burocrática, mas corrigi-los e ampliá-los. Isto se revelou no *caput* do art. 37, no qual não se eliminaram os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, mas se acrescentou o da eficiência e se buscou, na sua interpretação, entender a publicidade também como transparência. O mesmo raciocínio se aplica à administração por resultados que é central na reforma gerencial. Na Reforma de 1995 deu-se grande ênfase à administração por resultados, mas não se pretendeu que ela substituísse a administração por processo apenas que se diminuísse a ênfase em processos legais detalhados. Não há incompatibilidade entre as duas formas de controle. A conduta do gestor público deve ser legal e de resultados ao mesmo tempo.⁵¹

Do nosso ponto de vista, a reforma administrativa levada a efeito pela Emenda Constitucional n. 19/1998, assim como as reformas administrativas anteriores, também procurou superar resquícios do modelo patrimonialista enraizados na Administração Pública brasileira.⁵²

Porém, acreditamos que as práticas de cunho patrimonialista ainda presentes no Estado brasileiro somente serão extirpadas no momento em que

⁵⁰ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Op. cit., p. 20.

⁵¹ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Os primeiros passos da reforma gerencial do Estado de 1995. *Revista Brasileira de Direito Público RBDP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 5, out./dez. 2008.

⁵² Acerca do tema, oportuno citar o entendimento esposado por Maria Paula Dallari Bucci: "(...) a reforma administrativa em curso no Brasil, em parte normatizada pela Emenda Constitucional n. 19/98, pode ser considerada como o terceiro grande momento em que se coloca em termos oficiais a questão do distanciamento entre a autoridade e os meios de gestão, que já fora objeto dos dois movimentos de reforma administrativa anteriores. Esta seria a 'terceira onda' da reforma administrativa, sucedendo a reforma burocrática da era Vargas e a reforma desenvolvimentista dos anos 60 e 70, de certa maneira a continuar os dois movimentos. (...) Na verdade, a sucessão de reformas administrativas pode ser considerada um único movimento contínuo, de sucessivas ondas, cuja justificativa é a superação do patrimonialismo, mas que não se aprofunda além das questões de gestão, não tocando os problemas políticos de fundo, que sustentam a permanência da dominação privada dos meios estatais, sob as formas do populismo, do clientelismo e do fisiologismo" (BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 108-111).

houver uma efetiva mudança de pensamento dos administradores públicos, quando for realmente priorizado o interesse público (e não os interesses pessoais daqueles que lidam com a *res pública*).

A sociedade e o ambiente econômico estão em constante transformação, que, ao lado das peculiaridades da realidade de nosso País, devem ser observadas em uma busca constante de aprimoramento da Administração Pública. Assim, novas reformas no aparato estatal serão sempre necessárias.

2 CARGO PÚBLICO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO

2.1 Conceitos de cargo, emprego e função pública

A Constituição Federal de 1988, ao tratar da Administração Pública, utiliza os termos cargo, emprego e função pública, cada qual com um significado próprio.

O cargo público é definido pela Lei federal n. 8.112/1990⁵³ da seguinte forma:

Art. 3º Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.

Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.

Os cargos públicos encontram também definição na doutrina. Celso Antônio Bandeira de Mello assim os conceitua:

Cargos são 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.⁵⁴

Maria Sylvia Zanella Di Pietro observa que as competências previstas na Constituição para os entes políticos (União, Estados e Municípios) são distribuídas entre os seus respectivos órgãos, os quais dispõem de certo número de cargos criados por lei.⁵⁵

A lei que cria o cargo público estabelece a sua denominação, as atribuições que lhe são inerentes, bem como a retribuição pecuniária pelo seu exercício. Os

⁵³ Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 242-243.

⁵⁵ *Direito administrativo* cit., p. 483.

cargos existem na estrutura da Administração Pública direta e também nas autarquias e fundações públicas de direito público,⁵⁶ sejam das esferas federal, estadual ou municipal.

Saliente-se que os cargos públicos são criados e disciplinados por lei e submetem-se a um regime jurídico de direito público, que tem como características principais a possibilidade de alteração unilateral pelo Estado e, por outro lado, um conjunto de garantias que tem por finalidade proporcionar aos seus ocupantes condições para que atuem de forma imparcial.⁵⁷

A relação jurídica entre o titular de um cargo público e a Administração Pública é de natureza estatutária, o que significa que, diversamente do que ocorre na relação contratual, a pessoa jurídica de direito público pode alterar, de forma unilateral, a legislação que rege os seus servidores. Portanto, desde que respeitadas as garantias constitucionais (como a irredutibilidade de vencimentos, prevista pelo

⁵⁶ A natureza jurídica das fundações públicas é tema que provoca grande divergência doutrinária. Com efeito, verifica-se existirem três correntes distintas acerca do assunto: a) aqueles que defendem a natureza jurídica de direito privado dessas entidades em razão da previsão inserta no art. 5º, IV, do Decreto-lei n. 200/1967; b) os que sustentam que, em razão do advento da Constituição Federal de 1988, todas as fundações governamentais possuem personalidade jurídica de direito público (é o caso de Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo* cit., p. 177-179); e c) aqueles que apregoam que a fundação poderá ter personalidade de direito público ou de direito privado. Esse último posicionamento é defendido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem a conclusão sobre a natureza jurídica da fundação pública deve ser extraída, em cada caso concreto, da análise da sua lei instituidora e dos respectivos estatutos (*Direito administrativo* cit., p. 404). Para Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka, mesmo na hipótese de as fundações públicas “terem sido criadas como pessoas jurídicas de direito privado, nossa jurisprudência vem atribuindo a elas os mesmos privilégios e prerrogativas das autarquias – motivo pelo qual todas devem ser consideradas fundações autárquicas ou autarquias fundacionais, nos exatos termos dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello” (TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro. Considerações finais. In: TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro (Coord.). *Panorama atual da Administração Pública no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 270). Compartilhamos, todavia, do entendimento que aceita a existência, no Brasil, de fundações públicas de direito público ou de direito privado, a depender da análise das peculiaridades do caso concreto, devendo ser considerados, em nossa opinião, sem prejuízo de outros aspectos, o ato de criação da entidade e a natureza das atividades a serem desempenhadas (se tais atividades envolvem interesses relevantes para a sociedade – como cultura e pesquisa – ou se visam ao atendimento de necessidade pública essencial que imponha a adoção do regime jurídico de direito público). Insta notar que as fundações públicas de direito público são criadas por lei, ao passo que as fundações públicas de direito privado têm a sua criação autorizada pela lei e submetem-se ao regime de direito privado com derrogações impostas por normas de direito público.

⁵⁷ A esse respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que “a Constituição e as leis outorgam aos servidores públicos um conjunto de proteções e garantias tendo em vista assegurar-lhes condições propícias a uma atuação imparcial, técnica, liberta de ingerências que os eventuais e transitórios ocupantes do Poder, isto é, os agentes políticos, poderiam pretender impor-lhes para obtenção de benefícios pessoais ou sectários, de conveniência da facção política dominante no momento” (*Curso de direito administrativo* cit., p. 245).

art. 37, XV, da CF, e a estabilidade⁵⁸), direitos previstos quando do ingresso do servidor no cargo podem ser posteriormente extintos, uma vez que tais direitos “não se incorporam integralmente, de imediato, ao patrimônio jurídico do servidor (firmando-se como direitos adquiridos), do mesmo modo que nele se integrariam se a relação fosse contratual”.⁵⁹

O vínculo de natureza contratual está presente na relação estabelecida entre os ocupantes de empregos públicos e o Poder Público. Nesses casos, não é admitida a alteração unilateral da avença.

O emprego público corresponde ao encargo desempenhado de forma permanente por um servidor, sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho, mas com derrogações previstas pelo Direito Público.⁶⁰

A esse respeito, vale notar que, ao prever normas aplicáveis a todos os servidores da Administração Pública direta e indireta, a Constituição Federal acaba por derrogar parte da legislação própria dos trabalhadores celetistas. São exemplos de regras publicísticas aplicáveis ao emprego público: a exigência de concurso público para a investidura (art. 37, II, da CF); a vedação de acumulação remunerada de cargos, funções ou empregos, ressalvados os casos expressamente previstos na própria Constituição (art. 37, XVI e XVII, da CF); a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos na Administração direta, autárquica ou fundacional não poderão exceder o teto previsto pelo art. 37, XI, da CF; e, ainda, a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou a alteração da estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal pela Administração direta ou indireta, só poderão ser feitas se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesas de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes e

⁵⁸ Nos termos do art. 41 da Constituição Federal, são “estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público”.

⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ibidem*, p. 244.

⁶⁰ Interessante notar que a Lei federal n. 9.962, de 22 de fevereiro de 2000 (disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências), assim estabelece em seu art. 1º: “O pessoal admitido para emprego público na Administração federal direta, autárquica e fundacional terá sua relação de trabalho regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e legislação trabalhista correlata, naquilo que a lei não dispuser em contrário”.

se houver, exceto para empresas públicas e sociedades de economia mista, autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias (art. 169, § 1º, I e II, da CF).

A adoção do regime de cargo ou de emprego público pelas pessoas que integram a Administração Pública não é aleatória. De fato, nas empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado (ou seja, pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração), o regime dos servidores deve ser o celetista (com as já mencionadas derrogações previstas pela Constituição Federal). Já para os servidores vinculados à Administração direta, autarquias ou fundações com personalidade de direito público, a regra é o regime de cargo público, todavia, admite-se seja adotado o regime de emprego para prestação de certos serviços materiais subalternos, os quais, conforme apregoa Celso Antônio Bandeira de Mello, são aqueles que não comprometem “os objetivos que impõem a adoção do regime estatutário como o normal, o dominante”.⁶¹ Porém, importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI 2135-4, por meio de decisão proferida em 02/08/2007, deferiu medida cautelar para suspender, com efeitos *ex nunc*, a eficácia do art. 39, *caput*, da Lei Maior, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/1998. Assim, atualmente, vigora o texto original do mencionado dispositivo constitucional, o qual impõe o regime jurídico único (estatutário) para os servidores da Administração direta, das autarquias e fundações públicas de direito público.⁶²

No que tange à função pública, trata-se de um conjunto de atribuições desempenhadas por servidores “às quais não corresponde um cargo ou emprego”.⁶³

Insta esclarecer que todo cargo e emprego público têm funções, que são permanentes. Por outro lado, há funções que são apenas transitórias.

Diante da Constituição Federal de 1988, a função, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, pode se referir a duas hipóteses: 1) a função exercida por

⁶¹ *Curso de direito administrativo* cit., p. 251.

⁶² Cite-se, por oportuno, o teor original do art. 39 da Constituição Federal, ou seja, antes da alteração introduzida pela Emenda Constitucional n. 19/1998: “Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas”.

⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* cit., p. 483.

servidores contratados temporariamente com fulcro no art. 37, IX, para a qual não se exige concurso público, uma vez que a urgência da contratação pode ser incompatível com o tempo necessário à conclusão do procedimento; e 2) as funções de natureza permanente, atinentes à chefia, direção, assessoramento, ou outro tipo de atividade para a qual a lei não crie o correspondente cargo.⁶⁴ A segunda hipótese mencionada refere-se, em regra, às funções de confiança, que encontram previsão no art. 37, V, da Lei Maior e que serão tratadas com maior detença em tópico posterior deste trabalho.

Em relação ao anteriormente mencionado art. 37, IX, da CF, tal dispositivo prevê que “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”. A matéria, que é regulada pela Lei federal n. 8.745/1993,⁶⁵ tem por objetivo abarcar situações em que a própria atividade a ser exercida é temporária, ou, ainda, embora a atividade não seja temporária, “o excepcional interesse público demanda que se faça imediato suprimento temporário de uma necessidade (neste sentido, ‘necessidade temporária’) por não haver tempo hábil para realizar concurso”.⁶⁶

Por fim, vale notar que a Constituição Federal, nos diversos dispositivos em que se refere à função, faz referência às funções de confiança (que são permanentes) e não às funções desempenhadas com fulcro no art. 37, IX, da Lei Maior. Como pondera Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “outra interpretação seria inaceitável, por não se compatibilizar com a transitoriedade e excepcionalidade dessas contratações”.⁶⁷

⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* cit., p. 484-485.

⁶⁵ A mencionada Lei trata da matéria no âmbito federal. Os Estados, os Municípios e o Distrito Federal detêm competência para regular o assunto nas suas respectivas esferas.

⁶⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 271.

⁶⁷ A autora exemplifica da seguinte forma: “É o caso do artigo 38, que prevê o afastamento do cargo, emprego ou *função*, para o exercício de mandato; não seria admissível que um servidor contratado temporariamente pudesse afastar-se com essa finalidade. Ainda a norma do artigo 61, § 1º, II, a, que exige lei de iniciativa do Executivo para a criação de cargos, *funções* ou empregos públicos; seria totalmente inviável conceber-se a fixação de determinado número de funções para atender a situações eventuais e imprevisíveis” – destaques no original (*Direito administrativo* cit., p. 485).

2.2 Criação, transformação e extinção dos cargos públicos

O cargo público, conforme já exposto, é criado por lei (ou por resolução, nos casos de serviços auxiliares do Legislativo), que estabelecerá a sua denominação, quantidade, atribuições, retribuição pecuniária pelo seu exercício e forma de provimento.

A transformação de cargo ocorre, segundo Diogenes Gasparini, diante de uma alteração que atinja a sua natureza. Exemplifica o autor:

O cargo era efetivo; com a transformação, passa a ser em comissão. Assim, nada se altera quando a modificação introduzida diz respeito tão só à quantidade de cargos, à denominação, ao acréscimo ou supressão de algumas de suas atribuições. Com a transformação o que se tem realmente é a extinção de um ou de alguns cargos e a criação de outro ou de outros. Essa extinção e criação acontecem sem necessidade de qualquer menção. Ocorrem automática e simultaneamente quando um cargo é transformado em outro.⁶⁸

Em razão do paralelismo das formas, a transformação e a extinção de cargos públicos também exigem lei, exceto no âmbito do Poder Legislativo, em que se faz mediante resolução.⁶⁹

O art. 48, X, da Constituição Federal prevê que compete ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República (não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, que tratam das competências próprias do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, respectivamente), dispor sobre a criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas.

Nos termos do art. 61, § 1º, II, a, da Constituição Federal, é de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre a “criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração”. Para Diogenes Gasparini, embora o mencionado

⁶⁸ GASPARINI, Diogenes. Op. cit., p. 262.

⁶⁹ Nos termos do art. 51, IV, da Constituição Federal, compete privativamente à Câmara dos Deputados dispor sobre “criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços”. Quanto ao Senado Federal, a mesma previsão está inserida no art. 52, XIII, da Lei Maior.

dispositivo constitucional não mencione a transformação, “em razão do princípio da independência dos Poderes, tem-se que aceitar, também nesse particular, a iniciativa exclusiva do Presidente da República”.⁷⁰

No âmbito do Poder Judiciário, o art. 96, II, *b*, da Lei Maior estabelece competir privativamente ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça proporem ao respectivo Poder Legislativo, observado o que dispõe o art. 169, “a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver”.

Vale ressaltar que a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e pelas entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; bem como se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista. É exatamente o que estatui o art. 169, § 1º, I e II, da Constituição Federal.

No que tange à extinção dos cargos públicos, saliente-se que o art. 84, VI, *b*, da Constituição Federal atribui ao Presidente da República competência privativa para, mediante decreto, dispor sobre a extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos. Já o inc. XXV do mencionado artigo constitucional prevê a competência privativa do Presidente da República para extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei. Portanto, no âmbito do Poder Executivo, o cargo pode ser extinto mediante decreto, que deve ser editado segundo lei que disciplina a extinção de cargo.⁷¹⁻⁷²

⁷⁰ Ainda segundo o autor, nem mesmo a sanção e promulgação pelo Presidente da República do projeto de lei de origem parlamentar sanaria o vício de inconstitucionalidade existente (*Direito administrativo cit.*, p. 263).

⁷¹ A esse respeito, vale mencionar as lições de Diogenes Gasparini que elucidam que, para o Poder Legislativo, “é a resolução, e para o Judiciário é a lei que extingue os respectivos cargos dos

Conforme dispõe o § 3º do art. 41 da Lei Maior, “extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo”. O servidor público não estável (ou seja, aquele que não tenha terminado o estágio probatório ou, ainda, aquele que titularize cargo em comissão) será exonerado.

Insta notar que as regras de competência anteriormente mencionadas, com fulcro no princípio da simetria,⁷³ aplicam-se, com as devidas alterações, aos demais entes da Federação (Estados, Distrito Federal e Municípios).

2.3 Provimento e classificação dos cargos públicos

O provimento “é o ato pelo qual se efetua o preenchimento do cargo público, com a designação de seu titular”.⁷⁴ Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, trata-se do “ato de designação de alguém para titularizar cargo público”.⁷⁵

Em que pese não seja pacífico na doutrina, adotamos o entendimento no sentido de que o provimento refere-se apenas aos cargos públicos (e não a emprego ou função pública).⁷⁶

correspondentes serviços auxiliares”. Já em relação ao Poder Executivo, o autor explica que a extinção do cargo, emprego ou função pública pode se dar mediante lei ou ato administrativo. Se por lei, o fundamento é o art. 48, X, da Constituição Federal; ao passo que, se for por decreto, “deve existir uma lei que, regulando abstratamente a extinção de cargo público, autorize *se, como e quando* o Executivo, por ato administrativo, pode extinguir qualquer cargo público” – destaques no original (op. cit., p. 287).

⁷² Registre-se que, no âmbito do Poder Executivo federal, foi editado o Decreto n. 3.151, de 23 de agosto de 1999, o qual disciplina a prática dos atos de extinção e de declaração de desnecessidade de cargos públicos, bem como a dos atos de colocação em disponibilidade remunerada e de aproveitamento de servidores públicos em decorrência da extinção ou da reorganização de órgãos ou entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.

⁷³ O princípio da simetria constitucional decorre do princípio federativo e da rigidez e supremacia da Constituição Federal. Significa que Estados, Municípios e Distrito Federal devem elaborar, respectivamente, as suas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas de acordo com as normas de organização previstas na Constituição Federal e aplicáveis diretamente à União.

⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 364.

⁷⁵ *Curso de direito administrativo* cit., p. 292.

⁷⁶ Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o provimento “é o ato pelo qual o servidor público é investido no exercício do cargo, emprego ou função” (*Direito administrativo* cit., p. 559). Assim, segundo a doutrinadora, o provimento pode ter por objeto, além do cargo, também o emprego ou a função pública.

O provimento tem a natureza jurídica de ato administrativo,⁷⁷ sendo que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como o Ministério Público, detêm autonomia para prover os cargos que compõem a sua respectiva estrutura.⁷⁸

Registre-se que a alínea c do art. 61, § 1º, II, da Constituição Federal atribui ao Chefe do Executivo federal a iniciativa privativa das leis que tratam de provimento de cargos.

No que tange às formas, o provimento pode ser originário ou derivado. O provimento originário, que tem como única modalidade a nomeação, é aquele que independe de um vínculo anterior do servidor com cargo público. Já o provimento derivado tem como característica a preexistência de um vínculo do agente com cargo público. Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que o provimento derivado pode ser vertical (hipótese em que o servidor é alçado para cargo mais elevado; ocorre mediante promoção); horizontal (o servidor não é elevado nem rebaixado na sua posição funcional; a única forma existente é a readaptação); ou por reingresso (o “servidor retorna ao serviço ativo do qual estava desligado”; inclui o aproveitamento, a reversão, a reintegração e a recondução).⁷⁹⁻⁸⁰

⁷⁷ A respeito, Diogenes Gasparini destaca que o provimento é ato administrativo ainda que ocorra no âmbito administrativo dos Poderes Legislativo e Judiciário ou dos Tribunais de Contas. Ainda segundo o autor, no “Executivo, é veiculado por decreto ou portaria; no Legislativo, por portaria ou ato da Mesa; no Judiciário e nas Cortes de Contas, por portaria. Nas autarquias e fundações públicas é veiculado por portaria ou ato do superintendente ou presidente, conforme dispuserem seus atos constitutivos” (op. cit., p. 273).

⁷⁸ Sobre o tema, vale mencionar os seguintes dispositivos da Constituição Federal: art. 27, § 3º; art. 84, XXV; 96, I, c e e; e 127, § 2º.

⁷⁹ *Curso de direito administrativo* cit., p. 294-295.

⁸⁰ Na readaptação, prevista pelo art. 24 da Lei federal n. 8.112/1990, o servidor passa a ocupar outro cargo de atribuições e responsabilidades compatíveis com a superveniente limitação, verificada em inspeção médica, que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental. O aproveitamento, por sua vez, tem previsão no art. 41, § 3º, da CF e nos arts. 30 a 32 da Lei em comento. A reversão é o retorno à atividade do servidor aposentado e está disciplinada pelo art. 25 da mencionada Lei. Acerca da reversão *ex officio*, Maria Sylvia Zanella Di Pietro apregoa que, embora não tenha fundamento constitucional, ainda prevalece, uma vez que “nessa hipótese, desaparecendo a razão de ser da inatividade, deve o funcionário necessariamente reassumir o cargo, sob pena de ser cassada a aposentadoria” (*Direito administrativo* cit., p. 560). Já a reintegração é o retorno do servidor ao cargo anteriormente ocupado na hipótese de o seu desligamento ter sido reconhecido como ilegal, por decisão administrativa ou judicial, tendo direito a ser indenizado mediante o ressarcimento de todas as vantagens não auferidas. A reintegração é tratada pelo art. 41, 2º, da CF e pelo art. 28 da Lei n. 8.112/1990. Por fim, na recondução, o servidor estável retorna ao cargo que anteriormente ocupava em virtude de ter sido inabilitado no estágio probatório de outro cargo ou por ter ocorrido a reintegração do ocupante anterior.

Feitas essas breves considerações acerca do provimento, passaremos a analisar a classificação dos cargos públicos.

Os cargos públicos podem ser classificados quanto à sua posição na estrutura funcional da Administração (cargos isolados ou de carreira).

Os cargos de carreira são aqueles inseridos “em uma série de classes escalonada em função do grau de responsabilidade e nível de complexidade das atribuições”.⁸¹

A Lei federal n. 3.780, de 12 de julho de 1960,⁸² define “classe” como “o agrupamento de cargos da mesma denominação e com iguais atribuições e responsabilidades”.

Já os cargos isolados são aqueles que não pertencem a uma carreira. Tais cargos podem ser de provimento efetivo ou de provimento em comissão.

O conjunto de cargos isolados ou de carreira constitui o que se denomina “quadro de pessoal”.

Outro tipo de classificação dos cargos públicos leva em consideração a garantia de permanência dos seus ocupantes, caso em que serão de provimento em comissão, de provimento efetivo ou de provimento vitalício.

Os cargos de provimento em comissão são aqueles ocupados de forma transitória⁸³ por alguém que goze da confiança da autoridade nomeante. Oportuno

⁸¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 289.

⁸² Dispõe sobre a Classificação de Cargos do Serviço Civil do Poder Executivo, estabelece os vencimentos correspondentes e dá outras providências.

⁸³ Os cargos de provimento em comissão são considerados pela doutrina como cargos ocupados em caráter transitório pelo fato dos servidores comissionados não terem direito à estabilidade prevista pelo art. 41 da Constituição Federal. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles elucida que a “instituição de tais cargos é permanente, mas seu desempenho é sempre precário, pois quem os exerce não adquire direito à continuidade na função” (op. cit., p. 362). José Afonso da Silva, ao tratar do cargo em comissão, refere-se a ele como cargo “ocupado em caráter transitório, querendo isso dizer que seu ocupante não é o seu titular definitivo, mas nele permanecerá apenas enquanto bem servir ou enquanto merecer a confiança da autoridade (daí, cargo de confiança) que o indicou ou nomeou.” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 697). O conceito de cargo em comissão formulado por Celso Antônio Bandeira de Mello também menciona o caráter transitório da ocupação dessa espécie de cargo público, conforme transcrição a seguir: “Os cargos de provimento em comissão (cujo provimento dispensa concurso público) são aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de

ressaltar que a transitoriedade refere-se à permanência do servidor no cargo, e não ao próprio cargo, que é criado por lei.⁸⁴ Tais cargos, que encontram previsão no art. 37, II, da Constituição Federal, são considerados “de livre nomeação e exoneração” e, assim, o seu preenchimento dispensa a prévia realização de concurso público. Destinam-se às atribuições de direção, chefia e assessoramento (art. 37, V, da CF/1988). De tais cargos trataremos com maior detença nos tópicos seguintes.

Por sua vez, os cargos de provimento efetivo, cujo preenchimento está condicionado à prévia realização de concurso público, caracterizam-se por conferir certa garantia de permanência ao seu titular.

Todavia, a estabilidade do servidor, que é o direito de permanecer no serviço público,⁸⁵ somente é adquirida após o decurso do período de três anos de efetivo exercício, que corresponde ao estágio probatório. A aquisição da estabilidade está também condicionada à avaliação de desempenho do servidor.

Nos termos do art. 41, § 1º, da Constituição Federal (na redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/1998), a perda do cargo pelo servidor público estável somente ocorrerá:

- I – em virtude de sentença judicial transitada em julgado;
- II – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;
- III – mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

Saliente-se que a estabilidade é conferida ao servidor público não apenas para atender ao seu interesse, mas, sobretudo, para garantir que tal servidor possa exercer as suas atribuições independentemente de influências externas alheias ao interesse público.

confiança da autoridade competente para preenchê-los, a qual também pode exonerar *ad nutum*, isto é, livremente, quem os esteja titularizando” (*Curso de direito administrativo* cit., p. 290).

⁸⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Servidores públicos*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 17.

⁸⁵ Importante notar que a estabilidade não confere ao servidor o direito de permanecer no cargo, mas sim no serviço público. Tanto é que o art. 41, § 3º, da Constituição Federal prevê que extinto “o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo”. Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta que a estabilidade “confere o direito de permanecer no serviço público vinculado à atividade da mesma natureza de trabalho para a qual o servidor ingressou” (*Curso de direito administrativo* cit., p. 291).

Os cargos de provimento efetivo são a grande maioria na Administração Pública. Diogenes Gasparini elucida que são cargos cujas atribuições caracterizam-se como serviços comuns (aqueles que não exigem habilitação especial, como serviços de limpeza e datilografia) ou como serviços técnicos profissionais (somente podem ser desempenhados por profissionais legalmente habilitados, a exemplo dos serviços de medicina e advocacia).⁸⁶

Quanto aos cargos vitalícios, caracterizam-se por conferir uma maior garantia de permanência aos seus ocupantes, uma vez que eles apenas podem ser desvinculados do serviço público por meio de processo judicial. A vitaliciedade é concedida a determinados agentes públicos com o propósito de garantir o exercício de suas funções de forma independente.

Os cargos de provimento vitalício são apenas aqueles previstos como tal pela Constituição Federal.⁸⁷ Trata-se, assim, dos cargos de Magistrado (art. 95, I⁸⁸), de Ministros dos Tribunais de Contas (art. 73, § 3º), e de membros do Ministério Público (art. 128, § 5º, I, a⁸⁹).

A vitaliciedade para os membros do Ministério Público e para os Magistrados de carreira é adquirida após dois anos de exercício. Já para os Ministros dos Tribunais de Contas e Magistrados no segundo grau de jurisdição que não sejam provenientes da carreira, a vitaliciedade é adquirida no ato da posse.

Vale notar que a Súmula n. 36 do Supremo Tribunal Federal prevê que o “servidor vitalício está sujeito à aposentadoria compulsória, em razão da idade”.

⁸⁶ *Direito administrativo* cit., p. 269-270.

⁸⁷ Diogenes Gasparini explicita que a vitaliciedade não pode, mesmo que por lei, ser estendida a outros agentes. Segundo o autor, as “Constituições estaduais e as leis orgânicas dos Municípios em que há Cortes de Contas própria têm estendido essa garantia aos conselheiros dos respectivos Tribunais de Contas, mas o fazem por expressa previsão da Constituição Federal (art. 75)” (op. cit., p. 271).

⁸⁸ “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I. vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado.”

⁸⁹ Art. 128, § 5º: “Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: I. as seguintes garantias: a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado”.

Portanto, alcançado o tempo para a aposentadoria compulsória, é extinto o direito ao exercício do cargo.

2.4 O concurso público como regra para o acesso aos cargos públicos

O concurso público, que tem a natureza jurídica de processo administrativo,⁹⁰ é o instrumento utilizado pela Administração Pública com o propósito de assegurar a igualdade de acesso ao serviço público a todos os interessados, bem como de selecionar os candidatos mais aptos para o exercício das funções inerentes aos cargos ou empregos públicos.

Constata-se, assim, que são fundamentos do concurso público o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da Lei Maior), bem como os princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência (art. 37, *caput*, da CF). A respeito do princípio da moralidade, José dos Santos Carvalho Filho observa que o concurso público “veda favorecimentos e perseguições pessoais, bem como situações de nepotismo, em ordem a demonstrar que o real escopo da Administração é o de selecionar os melhores candidatos”.⁹¹

A Constituição Federal, em seu art. 37, II, trata de forma expressa do concurso público, nos seguintes termos:

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

A prévia realização de concurso público como requisito para a investidura em cargo (com exceção dos cargos em comissão) ou emprego público é uma exigência constitucional que deve ser cumprida pela Administração Pública direta (o que inclui todos os entes federados, ou seja, União, Estados, Distrito Federal e

⁹⁰ Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, o processo administrativo caracteriza-se como “uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo” (*Curso de direito administrativo*, cit., p. 466).

⁹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 597.

Municípios) e também pela indireta (autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas, incluídas aquelas que exploram atividade econômica⁹²).

Nos termos da Constituição Federal, o concurso público é, em regra, condição tanto para o preenchimento do cargo ou emprego público como para a ocupação de cargo ou emprego diverso do qual o indivíduo haja sido inicialmente aprovado.⁹³ As exceções são tão somente aquelas previstas pelo próprio texto constitucional (como nos casos de promoção e aproveitamento).⁹⁴

A previsão constitucional do concurso público aplica-se a todos os cargos de provimento efetivo, que, conforme já mencionado anteriormente, são os que existem em maior número na Administração Pública.

Quanto aos cargos de provimento vitalício, nem todos estão submetidos à exigência de concurso público, uma vez que a própria Constituição Federal o dispensa em determinadas hipóteses. Como exemplos, podem ser mencionados os cargos de Ministros dos Tribunais de Contas (art. 73 e parágrafos da CF); Magistrados nomeados em razão do quinto constitucional (art. 94 da CF); Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 101 da CF); e Ministros do Superior Tribunal de Justiça (art. 104 da CF).

São também hipóteses de dispensa de concurso público, além dos cargos de provimento em comissão, a contratação por tempo determinado para atender a

⁹² No que tange às empresas estatais exploradoras de atividade econômica, vale ressaltar o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello no sentido de que, apesar de a Constituição Federal não prever de forma expressa e literal, o concurso público é dispensável nos casos em que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica estejam em situação na qual a exigência do certame implicaria frustrar uma atuação célere inerente ao atendimento de seus fins e requerida pelas circunstâncias do momento; ou em perder a possibilidade de admitir pessoal qualificado que não se interessaria em participar de concursos, por ser de pronto absorvido pelo mercado (*Curso de direito administrativo* cit., p. 267).

⁹³ Importante notar que as Constituições de 1934 (art. 170), 1937 (art. 156, *b*) e 1964 (art. 186) exigiam o concurso público apenas para a primeira investidura nos cargos de carreira. A Constituição Federal de 1967, por sua vez, previu o concurso público como condição indispensável para a nomeação para todo cargo público, com exceção dos cargos em comissão (art. 95, §§ 1º e 2º). Por fim, a Emenda Constitucional n. 1, de 17/10/1969, voltou a exigir o concurso público apenas para a primeira investidura em cargo público, ressaltando os casos indicados em lei e a nomeação para cargos em comissão (art. 97, §§ 1º e 2º).

⁹⁴ A respeito do tema, interessante mencionar o teor da Súmula 685 do Supremo Tribunal Federal: “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”.

necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da CF), bem como o aproveitamento no serviço público de ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial (art. 53, I, ADCT, da CF⁹⁵).

No que tange à função pública, não há a exigência de concurso público, uma vez que “os que a exercem ou são contratados temporariamente para atender às necessidades emergentes da Administração, ou são ocupantes de funções de confiança, para as quais não se exige concurso público”.⁹⁶

2.5 Os cargos em comissão: análise histórico-constitucional

Já tecidas considerações gerais acerca dos cargos públicos, passaremos a tratar, de forma específica, dos cargos de provimento em comissão, que constituem o objeto do presente estudo. Conforme já exposto anteriormente, tais cargos são destinados à ocupação transitória por pessoa que goze da confiança da autoridade nomeante e existem no âmbito da Administração Pública direta, das autarquias e das fundações públicas de direito público de todas as esferas governamentais.

Importante, neste ponto, analisarmos de que forma os cargos em comissão foram tratados no decorrer da história pelas Constituições brasileiras.

A Constituição do Império, de 25 de março de 1824, não tratou dos cargos de provimento em comissão. Porém, interessante notar que, em seu art. 102, eram conferidas ao Imperador, como Chefe do Poder Executivo, entre outras, as atribuições de nomear Bispos, Magistrados, Comandantes das Forças de Terra e de Mar, Embaixadores, bem como Agentes Diplomáticos e Comerciais.

A primeira Constituição da República, de 24 de fevereiro de 1891, nada previu acerca de cargos comissionados, porém, fez menção à confiança (que, como será visto oportunamente, é o elemento que justifica a criação dos cargos em

⁹⁵ “Art. 53. Ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei n. 5.315, de 12 de setembro de 1967, serão assegurados os seguintes direitos: I – aproveitamento no serviço público, sem a exigência de concurso, com estabilidade”.

⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* cit., p. 485.

comissão) em seu art. 49, ao tratar dos Ministros de Estado. Cite-se o teor do mencionado dispositivo constitucional: “O Presidente da República é auxiliado pelos Ministros de Estado, agentes de sua confiança que lhe subscrevem os atos, e cada um deles presidirá a um dos Ministérios em que se dividir a Administração federal”.

A Constituição Federal de 1934 também não faz menção expressa aos cargos de provimento em comissão, embora, em seu art. 33, § 1º, 2, refira-se a cargo “demissível *ad nutum*”.

Já a Constituição Federal de 1937 trata dos Ministros de Estado como agentes da confiança do Presidente da República, “que lhes subscrevem os atos” (art. 88). Tal como na Constituição anterior (de 1934), há também menção a cargo público demissível *ad nutum* (art. 44, *d*). Todavia, não houve expressa alusão aos cargos comissionados.

Por sua vez, a Constituição de 1946, no título dedicado aos funcionários públicos, excluiu a concessão da garantia de estabilidade aos ocupantes de cargos de confiança e daqueles que “a lei declare de livre nomeação e demissão” (art. 188, parágrafo único).

A denominação “cargos em comissão” apareceu pela primeira vez na Constituição de 1967, a qual, em seu art. 95, § 2º, assim estatuiu: “Prescinde de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração”. Já o art. 97, § 3º, da Constituição em comento previu que a vedação de acumular proventos não se aplica aos aposentados quanto ao exercício de cargo em comissão.⁹⁷

Com o advento da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, e, após, da Emenda Constitucional n. 6, de 4 de junho de 1976, os cargos de provimento em comissão passaram a ser previstos nos seguintes dispositivos constitucionais, *in verbis*:

Art. 93

⁹⁷ Art. 97, § 3º, da CF/1967: “A proibição de acumular proventos não se aplica aos aposentados, quanto ao exercício de mandato eletivo, cargo em comissão ou ao contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados”.

(...)

§ 9º A proibição de acumular proventos de inatividade não se aplicará aos militares da reserva e aos reformados, quanto ao exercício de mandato eletivo, quanto ao de função de magistério ou de cargo em comissão ou quanto ao contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados.

Art. 97. Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

(...)

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

Art. 99

(...)

§ 4º A proibição de acumular proventos não se aplica aos aposentados, quanto ao exercício de mandato eletivo, quanto ao de um cargo em comissão ou quanto a contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados.

Art. 104

(...)

§ 5º É vedado ao vereador, no âmbito da administração pública direta ou indireta municipal, ocupar cargo em comissão ou aceitar, salvo concurso público, emprego ou função (Incluído pela Emenda Constitucional n. 6, de 1976).

Finalmente, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, II, previu o cargo em comissão como aquele “declarado em lei de livre nomeação e exoneração”. O inc. V do mencionado artigo da Lei Maior estatuiu que os cargos em comissão e as funções de confiança seriam “exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei”.

Em razão do advento da Emenda Constitucional nº 19/1998, o dispositivo constitucional em tela passou a ter a seguinte redação, *in verbis*:

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.

Verifica-se, portanto, que a alteração realizada pela Emenda Constitucional em comento restringiu os cargos em comissão àqueles destinados à direção ou chefia de órgãos ou pessoas jurídicas da Administração, bem como ao assessoramento.

Outra limitação trazida pela Emenda Constitucional n. 19 diz respeito à escolha dos titulares dessa espécie de cargos, que deverá recair em servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos estabelecidos em lei do respectivo ente político. Assim, com relação ao provimento dos cargos comissionados, a Lei Maior alterou o critério anterior de preferência por servidores de carreira por um critério objetivo, a ser definido por lei.

A respeito da eficácia da norma inserta no art. 37, V, da Lei Maior, interessante citar as ponderações formuladas pelo Ministro Carlos Britto no voto proferido por ocasião do julgamento da ADI 3.706/MS:

(...) 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.⁹⁸

Ora, sendo a parte do dispositivo constitucional que limita os cargos em comissão ou funções de confiança tão somente “às atribuições de direção, chefia e assessoramento” dotada de eficácia plena, a consequência foi “a revogação de todos os diplomas legislativos anteriores, no que com ele incompatíveis, atingindo, de plano, todos os cargos em comissão e funções de confiança não vinculados à ‘direção, chefia ou assessoramento’”.⁹⁹⁻¹⁰⁰

⁹⁸ STF, Tribunal Pleno, ADI 3.706/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 05/10/2007.

⁹⁹ MAGALHÃES, André Luiz Alves de. *O jeitinho brasileiro na admissão ao serviço público: a história constitucional do recrutamento de servidores sem concurso*. São Paulo: Baraúna, 2011. p. 134.

¹⁰⁰ Conforme registrado em decisão monocrática proferida pela Ministra Cármen Lúcia, em 02/10/2009, no RE 546.169/SP, “é entendimento pacífico do Supremo Tribunal que as normas infraconstitucionais incompatíveis com a nova ordem constitucional são por ela revogadas”. No mesmo sentido, o acórdão proferido na ADI 1.227/RJ, *in verbis*:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL. VENCIMENTOS DE CARGOS EM COMISSÃO. VINCULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CF, ARTIGO 37, XIII. EC 19/98. 1. *Dispositivos legais editados antes da Constituição Federal. Inadmissível o controle concentrado de*

Quanto à previsão do inc. V do art. 37 atinente à vinculação do preenchimento de parcela dos cargos em comissão por servidores efetivos, entendemos assistir razão a André Luiz Alves de Magalhães ao apregoar que “a caracterização do preceito como norma de eficácia limitada somente faz sentido para os cargos criados antes da Emenda”. De fato, para os cargos criados após a Emenda Constitucional n. 19 a própria lei de criação haverá de prever as condições e percentuais mínimos referentes ao preenchimento por servidores de carreira, sob pena de inconstitucionalidade. Nas palavras do autor:

(...) 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 legal, a mesma lei que promover a criação já deverá contemplar os percentuais mínimos de ocupação por servidores efetivos, sob pena de inconstitucionalidade.¹⁰¹

No que concerne à necessidade de provimento de parte dos cargos em comissão por servidores de carreira, Marçal Justen Filho observa:

Os cargos de direção, chefia e assessoramento não devem ser ocupados exclusivamente por pessoas não vinculadas à carreira específica, sob pena de perda da identidade e da comunhão de experiências entre os integrantes dos diversos extratos do funcionalismo. O dispositivo busca assegurar que certa porcentagem de ocupantes dos cargos em comissão disponha da experiência no exercício das atividades da carreira.¹⁰²

Em que pesem as mudanças introduzidas pela Emenda Constitucional n. 19 ao art. 37, V, também terem prestigiado o princípio da eficiência (uma vez que, conforme exposto, procurou assegurar que parcela dos ocupantes de cargos comissionados fosse de servidores de carreira e, assim, dispusesse de experiência no desempenho das funções públicas), a finalidade precípua foi a de coibir abusos na criação e no provimento dos cargos em comissão.

A livre nomeação implica a dispensa de prévia realização de concurso público para o preenchimento dos cargos em comissão, cabendo ressaltar, todavia,

constitucionalidade. Eventual contrariedade resolve-se pela revogação. (...)” destacamos (STF, Tribunal Pleno, ADI 1.227/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 02/10/2002, DJ 29/11/2002).

¹⁰¹ MAGALHÃES, André Luiz Alves de. Op. cit., p. 135.

¹⁰² JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 759.

que a lei pode prever requisitos a serem atendidos pelos seus ocupantes, tal como será visto adiante.

Saliente-se, por fim, que, em seu art. 84, XIV, a Lei Maior prevê que a nomeação pelo Presidente da República para a ocupação de certos cargos comissionados (quais sejam: “Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei”) depende da prévia aprovação pelo Senado Federal.

2.6 Os servidores comissionados e os agentes políticos

Antes de tratarmos da distinção entre os titulares de cargos em comissão e os agentes políticos, necessário se faz algumas observações.

A expressão “agentes públicos” é utilizada para se referir a todos os indivíduos que, mesmo de forma ocasional ou episódica, prestam serviços ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua ação ou vontade. A natureza estatal da atividade desempenhada e a investidura nela são pressupostos para a configuração dos agentes públicos. Trata-se de gênero, que comporta três espécies: (a) agentes políticos; (b) servidores estatais, que incluem todos os servidores da Administração Pública direta ou da indireta (sejam pessoas de direito público ou de direito privado), ocupantes de cargos ou empregos públicos; e (c) os particulares em colaboração com o Poder Público (como os jurados, concessionários ou permissionários de serviços públicos).¹⁰³

A definição de agentes políticos não é unânime na doutrina pátria. Hely Lopes Meirelles, por exemplo, adota um conceito amplo, conforme transcrição a seguir:

Agentes políticos: são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com

¹⁰³ Nesse exato sentido são os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo* cit., p. 235-238.

prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais.¹⁰⁴

Segundo o entendimento do supracitado doutrinador, são agentes políticos os chefes do Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e os seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários estaduais ou municipais); os membros do Legislativo (Senadores, Deputados federais ou estaduais e Vereadores); os membros do Poder Judiciário (Magistrados em geral); os membros do Ministério Público e dos Tribunais de Contas; os representantes diplomáticos; e “demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase-judiciais, estranhas ao quadro do servidor público”.¹⁰⁵

Regis Fernandes de Oliveira também inclui os Magistrados, membros do Ministério Público e dos Tribunais de Contas na classificação de agentes políticos, os quais, segundo o seu entendimento, “são dotados de Poder do Estado, ou seja, têm a possibilidade jurídica de invadir a esfera jurídica de outrem, impondo obrigações e instituindo direitos”.¹⁰⁶

De forma diversa, Celso Antônio Bandeira de Mello adota uma definição mais restrita de agentes políticos, nos seguintes termos:

Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem os formadores da vontade superior do Estado.¹⁰⁷ (destaques no original)

De acordo com a definição supratranscrita, são agentes políticos tão somente os chefes dos Poderes Executivos federal, estadual, municipal e distrital, bem como os respectivos vices; os auxiliares diretos dos chefes do Executivo (Ministros e Secretários); os Senadores; os Deputados federais e estaduais; bem como os Vereadores.

¹⁰⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 72.

¹⁰⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 74.

¹⁰⁶ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Servidores públicos*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 16-17.

¹⁰⁷ *Curso de direito administrativo* cit., p. 238.

Ivan Barbosa Rigolin¹⁰⁸ e Maria Sylvia Zanella Di Pietro também excluem da classificação de agentes políticos os membros do Judiciário, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas. Para a mencionada jurista, a função política (que está intrinsecamente relacionada à ideia de agente político) abrange “as atividades de direção e as co-legislativas, ou seja, as que implicam a fixação de metas, de diretrizes ou de planos governamentais”. Ainda nos dizeres da autora:

Essas funções políticas ficam a cargo dos órgãos governamentais ou governo propriamente dito e se concentram, em sua maioria, nas mãos do Poder Executivo, e, em parte, do Legislativo; no Brasil, a participação do Judiciário em decisões políticas praticamente inexistente, pois a sua função se restringe, quase exclusivamente, à atividade jurisdicional sem grande poder de influência na atuação política do Governo, a não ser pelo controle *a posteriori*.

O mesmo se diga com relação aos membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas, o primeiro exercendo uma das funções essenciais à justiça, ao lado da Advocacia Geral da União, da Defensoria Pública e da Advocacia, e o segundo a função de auxiliar do Legislativo no controle sobre a Administração. Em suas atribuições constitucionais, nada se encontra que justifique a sua inclusão entre as funções de governo; não participam, direta ou indiretamente, das decisões governamentais.¹⁰⁹

Compartilhamos do entendimento mais restrito acerca do conceito de agente político, ou seja, aquele segundo o qual as funções exercidas por tal espécie de agente público são apenas as de natureza executiva ou legislativa atinentes ao comando superior da Administração, à formação da vontade estatal.

O regime jurídico que se aplica aos agentes políticos está previsto na Constituição Federal. A forma de investidura é, em regra, a eleição. Porém, os Ministros e Secretários estaduais ou municipais são nomeados para o cargo segundo a escolha (decisão discricionária) do chefe do Poder Executivo.

No que tange aos Ministros e Secretários, interessante registrar a observação feita por Marçal Justen Filho no sentido de que a inclusão desses agentes públicos na categoria de agentes políticos reflete mais uma influência estrangeira, uma vez que o regime jurídico da atividade por eles aqui exercida é,

¹⁰⁸ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O servidor público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 104.

¹⁰⁹ *Direito administrativo cit.*, p. 477.

fundamentalmente, o reservado para os servidores públicos ocupantes de cargos em comissão.¹¹⁰

Neste ponto, vale notar que, diferentemente dos servidores ocupantes de empregos ou de cargos públicos (entre os quais os titulares de cargos em comissão), os agentes políticos mantêm com o Estado vínculo de natureza política, e não profissional. Com efeito, como pondera Celso Antônio Bandeira de Mello, não é a habilitação profissional que os qualifica para o desempenho das respectivas funções, “mas a qualidade de cidadãos, membros da *civitas* e, por isso, candidatos possíveis à condução dos destinos da Sociedade”.¹¹¹

Outra diferença entre os titulares de cargos em comissão e os agentes políticos é a de que esses últimos, por serem considerados representantes do povo, não estão em situação de subordinação hierárquica em relação a outro agente público (com exceção dos auxiliares imediatos dos Chefes do Poder Executivo, que devem respeitar as suas orientações).¹¹²

2.7 O princípio democrático como razão da existência dos cargos em comissão, limites para a sua criação e a relação de confiança com a autoridade nomeante

Os cargos em comissão são o elo entre a esfera política de governo e os servidores responsáveis pela execução administrativa. São funções do titular de cargo comissionado transmitir as decisões políticas, bem como orientar e fiscalizar a correta execução dessas decisões pelos funcionários (técnicos) competentes.

Assim sendo, tais cargos destinam-se a assegurar a implementação das diretrizes adotadas pelas autoridades superiores, em especial, pelos agentes

¹¹⁰ Segundo o autor, em determinados “países como a Inglaterra, a França e a Itália, o regime parlamentarista conduz à atribuição aos Ministros de competências próprias, insuprimíveis, que traduzem o exercício de função política. Não é esse o modelo brasileiro, no qual a atuação dos Ministros e Secretários é toda reportável ao Chefe do Poder Executivo. (...) Apesar de tudo e em homenagem à forte tradição pátria, admite-se o enquadramento dos Ministros e Secretários entre os agentes políticos” (*Curso de direito administrativo* cit., p. 718).

¹¹¹ *Curso de direito administrativo* cit., p. 239.

¹¹² JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 719.

políticos, os quais, em regra, são eleitos pelo povo. Daí a importância dos cargos comissionados para a democracia.

Segundo Max Weber, “o governante executa medidas mais importantes através de pessoas de sua confiança pessoal”.¹¹³ Ao tratar da razão da criação dos cargos de provimento em comissão, Márcio Cammarosano, por sua vez, assim pondera:

(...) a Constituição, ao admitir que o legislador ordinário crie cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, o faz com a finalidade de propiciar ao chefe do governo o seu real controle, mediante o concurso, para o exercício de certas funções, de pessoas de sua absoluta confiança, afinadas com as diretrizes políticas que devem pautar a atividade governamental. Não é, portanto, qualquer plexo unitário de competências que reclama seja confiado o seu exercício a esta ou aquela pessoa a dedo escolhida, merecedora da absoluta confiança da autoridade superior, mas apenas aqueles que, dada a natureza das atribuições a serem exercidas pelos seus titulares, justificam exigir-se deles não apenas o dever elementar de lealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servirem, comum a todos os funcionários, como também um comprometimento político, uma fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos, uma lealdade pessoal à autoridade superior.¹¹⁴

A criação dos cargos em comissão, tal como ocorre com os demais cargos públicos, é feita por meio de lei, a qual deverá prever o regime de livre nomeação e exoneração, e depende da existência de prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; bem como de autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias (art. 169, § 1º, I e II, da CF). Registre-se, ainda, que, nos termos do *caput* do art. 169 da Constituição Federal, a “despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites previstos em lei complementar”. A Lei Complementar mencionada é a de n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Para o cumprimento dos limites de despesa, a Lei Maior prevê como primeira providência a ser adotada pelos entes federativos a “redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança” (art. 169, § 3º, I, que foi incluído pela Emenda Constitucional n. 19/1998).

¹¹³ WEBER, Max. *Ensaios de sociologia* cit., p. 138.

¹¹⁴ CAMMAROSANO, Márcio. *Provimento de cargos públicos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 95.

Os cargos em comissão devem ser criados apenas para as hipóteses que envolvam funções de direção, chefia ou assessoramento, sob pena de violação à exigência constitucional de prévia realização de concurso público para o preenchimento dos cargos efetivos (art. 37, II, da CF) e, ainda, à norma inserta no art. 37, V, da Lei Maior.¹¹⁵ Por isso, a lei que cria o cargo em comissão deverá indicar as suas respectivas atribuições, a fim de possibilitar o controle de constitucionalidade. Padece de inconstitucionalidade a lei que criar cargos em comissão para funções que sejam apenas técnicas, operacionais ou burocráticas.¹¹⁶

Márcio Cammarosano adverte que, para fim de exame da constitucionalidade do ato de criação do cargo em comissão, hão de ser analisadas as atribuições inerentes ao cargo e não apenas a denominação que lhes é dada. Nas palavras do autor:

(...) denominar cargos públicos como sendo de *diretor, chefe* ou *assessor*, não lhes atribui, por si só, a natureza que os permita ser de provimento em comissão. Faz-se necessário examinar as atribuições a serem exercidas por seus titulares, pois cargos públicos consubstanciam, como já assinalado, plexos de competências. Se estas não forem de direção, chefia ou assessoramento, haverá descompasso entre a denominação e as atribuições inerentes ao mesmo, entre o rótulo e a substância. Estar-se-á diante de expediente artificioso, mal disfarçada burla à exigência constitucional de concurso; de concurso público se devessem, em rigor, ter sido criados como cargos isolados ou iniciais de determinada carreira; de

¹¹⁵ A título elucidativo, interessante mencionar o entendimento já adotado pelo Supremo Tribunal Federal, antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, acerca da impossibilidade de burla à obrigatoriedade de concurso público, *in verbis*:

“AGENTES DE SEGURANÇA JUDICIÁRIA. CARGOS CUJAS CARACTERÍSTICAS NÃO SE COMPATIBILIZAM COM O CONCEITO DE COMISSÃO EM QUE, MANTIDA A CARREIRA, FORAM TRANSFORMADOS, TAL COMO HAURIDO, ESSE CONCEITO, DA DOCTRINA, DO DIREITO POSITIVO E DA ESTRUTURA TRADICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR N. 298-82, DO ESTADO DE SÃO PAULO, QUE OPEROU A TRANSFORMAÇÃO, POR CONFIGURAR INACEITÁVEL ESVAZIAMENTO DA PRESCRIÇÃO DO CONCURSO, INSCRITA NO ART. 97, E SEUS PAR.1. E 2., DA LEI MAIOR” (STF, Tribunal Pleno, Rp 1.282/SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 28/02/1986, p. 2345).

¹¹⁶ Acerca do controle a ser exercido pelo Poder Judiciário quanto à criação de cargos de provimento em comissão, interessante trazer à colação as ponderações de Adilson Abreu Dallari: “Nem se cometa o absurdo de dizer que ao Poder Judiciário é vedado o exame da ocorrência ou não de situações que justifiquem a criação de cargos em comissão. Em caso de impugnação judicial, caberá ao impugnado demonstrar objetivamente a ocorrência de tais situações, cabendo ao Juiz convencer-se ou não. O que não se admite é a omissão do Poder Judiciário, pois a Constituição e as leis perdem qualquer sentido sem o exercício da jurisdição. O juiz nem pode abrir mão do poder-dever de julgar, pois a jurisdição não é uma prerrogativa pessoal do juiz, mas, sim, uma garantia constitucional do cidadão” (DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 41).

concurso interno se devessem ter sido criados como de classe intermediária ou final de carreira.¹¹⁷ (destaques no original)

Os cargos de direção ou chefia são aqueles atinentes à direção superior da Administração, dotados de poder de decisão e de comando.¹¹⁸

Já os cargos de assessoramento envolvem atribuições voltadas à prestação de auxílio material ou de subsídios a outros agentes públicos de hierarquia superior, com a finalidade de propiciar uma atuação mais eficiente desses últimos. Não envolvem funções de comando e exigem conhecimento (científico ou técnico) ou prática na área de atuação.

Tendo em vista que as atribuições dos cargos de assessoramento podem abranger atividades de diversas naturezas (intelectuais ou materiais), as peculiaridades do caso (especialmente a relevância da presença do elemento confiança), e não as atribuições em si do cargo, é que definirão a legalidade da criação do cargo em comissão.

A esse respeito, mais uma vez interessante se torna trazer à colação os ensinamentos de Márcio Cammarosano:

Sempre que o fator *confiança pessoal*, em grau mais acentuado, puder ser considerado relevante em face das circunstâncias em que determinadas atribuições devem ser exercidas, essas mesmas circunstâncias, e não a natureza intrínseca das atribuições, é que devem prevalecer, justificando a criação do cargo como sendo de assessoramento e, conseqüente, de provimento em comissão.

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

Digitar textos que consubstanciam pareceres e relatórios de rotina não é o mesmo que digitar textos que consubstanciam minutas de atos cujo conteúdo não se possa correr o risco, por razões de

¹¹⁷ CAMMAROSANO, Márcio. Cargos em comissão – breves considerações quanto aos limites à sua criação. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 38, p. 4-5, jul./ago. 2006.

¹¹⁸ Regis Fernandes de Oliveira diferencia os cargos de direção e de chefia da seguinte forma: “enquanto o diretor tem sob seu comando toda uma repartição, ou seja, algumas chefias, o chefe dirige um círculo menor, mais restrito” (op. cit., p. 25).

Estado, de ver antecipadamente conhecido senão por número reduzidíssimo de agentes governamentais¹¹⁹ (destaques no original).

Neste ponto, é importante ressaltar que é a confiança o elemento que justifica a criação de um cargo comissionado e a consequente dispensa de prévia realização de concurso público para o seu provimento. Tal confiança pode se mostrar necessária em duas situações diversas: (a) no exercício de funções voltadas à comunicação entre a esfera política e a instância técnica responsável pela execução das decisões da primeira; e (b) casos em que, embora a atividade em si não exija o elemento confiança, as condições peculiares em que tal atividade é exercida exige a fidúcia. Essa última hipótese abrange os exemplos anteriormente citados (motorista que transporta autoridades de alto escalão e funcionário que digita documentos sigilosos).

Registre-se que, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.602, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade de lei estadual que previa a criação de cargos em comissão que não exigiam vínculo de confiança entre o ocupante do cargo e a autoridade nomeante. Cite-se a ementa do acórdão:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 37, II E V. CRIAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. LEI 15.224/2005 DO ESTADO DE GOIÁS. INCONSTITUCIONALIDADE. É inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico, tais como os cargos de Perito Médico-Psiquiátrico, Perito Médico-Clinico, Auditor de Controle Interno, Produtor Jornalístico, Repórter Fotográfico, Perito Psicológico, Enfermeiro e Motorista de Representação. Ofensa ao artigo 37, II e V da Constituição federal. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos XI, XII, XIII, XVIII, XIX, XX, XXIV e XXV do art. 16-A da lei 15.224/2005 do Estado de Goiás, bem como do Anexo I da mesma lei, na parte em que cria os cargos em comissão mencionados.¹²⁰

Marçal Justen Filho rejeita a tese da acessoriedade do cargo em comissão, a qual apregoa que o pleno e adequado exercício pelo Presidente de suas atribuições pressupõe a disponibilidade de todos os cargos em comissão para

¹¹⁹ Cargos em comissão – breves considerações quanto aos limites à sua criação cit., p. 5.

¹²⁰ STF, Tribunal Pleno, ADI 3.602/GO, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 07/06/2011.

indicação de pessoas da confiança dele. Segundo tal tese, a existência dos cargos em comissão seria inerente à titularidade do poder. De acordo com o autor:

Até se pode admitir que inúmeras funções exijam a confiança do governante, especialmente no tocante aos seus auxiliares diretos e imediatos. Mas não é possível generalizar a concepção de que *todos* os possíveis cargos em comissão deveriam ser investidos segundo um critério de simpatia pessoal do novo governante.

(...)

A restrição à competência de livre nomeação e exoneração, mesmo para cargos em comissão, retrata conquista política, e deriva da incorporação ao sistema jurídico de princípios mais elevados acerca da Administração estatal.

O princípio da democracia republicana significa não apenas a temporariedade dos mandatos eletivos, mas também a proteção do corpo administrativo contra a variação da identidade do governante. Um Estado Democrático tem de assegurar que a condição de agente estatal não dependa da filiação política do sujeito, nem que a temporariedade dos mandatos se reflita na composição dos exercentes das atividades administrativa.¹²¹ (destaque no original)

Os cargos de provimento em comissão têm caráter complementar (e não substitutivo) em relação aos cargos de provimento efetivo. Portanto, não é possível a coexistência de cargos em comissão e cargos efetivos para o exercício de funções idênticas, tampouco se admite a extinção de cargos efetivos para a substituição por cargos em comissão, pois isso implicaria frontal violação ao princípio constitucional do concurso público.¹²²

Insta notar que é a análise em concreto do ato de criação do cargo em comissão que definirá o atendimento ou não aos limites impostos pela Constituição Federal. Certo é que, se, de um lado, a criação indiscriminada dos cargos em comissão representa ofensa à exigência de concurso público para o provimento de cargos públicos e aos princípios que regem a Administração Pública (especialmente aos postulados da legalidade, moralidade e impessoalidade expressos no *caput* do art. 37 da CF), de outro lado, a insuficiência de cargos comissionados “pode resultar

¹²¹ *Curso de direito administrativo* cit., p. 758-759.

¹²² VALLE, Vanice Lírio do. Cargos em comissão, seu caráter instrumental à boa administração e os respectivos limites constitucionais. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 7, n. 81, p. 6, nov. 2007.

em uma acefalia de setores administrativos importantes, que sem estrutura de comando, tendem, quando menos, a uma ação administrativa ineficiente”.¹²³

No que tange ao quantitativo dos cargos em comissão, a razoabilidade e a proporcionalidade, segundo Regis Fernandes de Oliveira, são parâmetros a serem considerados para aferir a necessidade de criação desses cargos.¹²⁴ A respeito, interessante citar o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADI 4.125, *in verbis*:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXPRESSÃO “CARGOS EM COMISSÃO” CONSTANTE DO *CAPUT* DO ART. 5º, DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º E DO *CAPUT* DO ART. 6º; DAS TABELAS II E III DO ANEXO II E DAS TABELAS I, II E III DO ANEXO III À LEI N. 1.950/08; E DAS EXPRESSÕES “ATRIBUIÇÕES”, “DENOMINAÇÕES” E “ESPECIFICAÇÕES” DE CARGOS CONTIDAS NO ART. 8º DA LEI N. 1.950/2008. criação de milhares de cargos em comissão. descumprimento dos arts. 37, inc. II e V, da constituição da república e dos princípios da proporcionalidade e da moralidade administrativa. ACÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (...) 3. O número de cargos efetivos (providos e vagos) existentes nos quadros do Poder Executivo tocantinense e o de cargos de provimento em comissão criados pela Lei n. 1.950/2008 evidencia a inobservância do princípio da proporcionalidade. 4. A obrigatoriedade de concurso público, com as exceções constitucionais, é instrumento de efetivação dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa, garantidores do acesso aos cargos públicos aos cidadãos. A não submissão ao concurso público fez-se regra no Estado do Tocantins: afronta ao art. 37, inc. II, da Constituição da República. Precedentes. 5. A criação de 28.177 cargos, sendo 79 de natureza especial e 28.098 em comissão, não tem respaldo no princípio da moralidade administrativa, pressuposto de legitimação e validade constitucional dos atos estatais. 6. A criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais, que dispensam a confiança pessoal da autoridade pública no servidor nomeado, contraria o art. 37, inc. V, da Constituição da República. Precedentes. 7. A delegação de poderes ao Governador para, mediante decreto, dispor sobre “as competências, as atribuições, as denominações das unidades setoriais e as especificações dos cargos, bem como a organização e reorganização administrativa do Estado”, é inconstitucional porque permite, em última análise, sejam criados novos cargos sem a aprovação de lei. 8. Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do art. 5º, *caput*, e parágrafo único; art. 6º; das Tabelas II e III do Anexo II e das Tabelas I, II e III do Anexo III; e das expressões “atribuições”, “denominações” e “especificações” de

¹²³ Idem, *ibidem*, p. 8.

¹²⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Op. cit., p. 22.

cargos contidas no art. 8º da Lei n. 1.950/2008. 9. Definição do prazo máximo de 12 (doze) meses, contados da data de julgamento da presente ação direta de inconstitucionalidade, para que o Estado faça a substituição de todos os servidores nomeados ou designados para ocupação dos cargos criados na forma da Lei tocaninense n. 1.950.¹²⁵ (destaques nossos)

Portanto, a criação excessiva de cargos em comissão, desproporcional ao tamanho da Administração, afronta a exigência constitucional de concurso público e, assim, é passível de controle pelo Poder Judiciário.

2.8 Diferenças entre cargo em comissão e função de confiança

O art. 37, V, da Constituição Federal trata das funções de confiança e dos cargos em comissão da seguinte forma:

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.¹²⁶

Embora as funções de confiança e os cargos em comissão exijam o elemento confiança para seu preenchimento e comportem atribuições de direção, chefia e assessoramento, as primeiras destinam-se tão somente aos servidores ocupantes de cargo efetivo, ao passo que os cargos em comissão podem ser ocupados por pessoas estranhas ao serviço público, ressalvado um limite mínimo a ser previsto em lei.

Saliente-se que a função de confiança pressupõe a existência de um cargo efetivo e consiste na ampliação das atribuições e responsabilidades desse cargo mediante gratificação pecuniária.¹²⁷

As atribuições de direção, chefia e assessoramento mencionadas pelo anteriormente citado art. 37, V, da Constituição Federal podem dar origem à criação

¹²⁵ STF, Tribunal Pleno, ADI 4.125/TO, Rel. Min. Carmen Lúcia, *DJe* 15/02/2011.

¹²⁶ Redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/1998.

¹²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 756.

de cargos em comissão ou às funções de confiança. A esse respeito, Regis Fernandes de Oliveira assim pondera:

A definição, se haverá o provimento com servidores obrigatoriamente concursados, ainda que de livre escolha do Chefe do Executivo (que são as funções de confiança), ou segundo a livre discricionariedade do administrador, dentro ou fora do quadro de servidores (que são os cargos em comissão), depende da lei.¹²⁸

Portanto, compete ao legislador optar entre a criação de cargos em comissão ou funções de confiança.

2.9 Disciplina normativa dos servidores ocupantes de cargos em comissão

A Lei federal n. 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, que disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, em seu art. 1º, § 2º, I, expressamente veda a submissão dos cargos de provimento em comissão ao regime tratado na referida Lei. Com efeito, tais cargos são disciplinados, no que for compatível, pelo regime estatutário.¹²⁹

Os ocupantes dos cargos comissionados podem ser exonerados *ad nutum*, a critério da autoridade competente.¹³⁰ Portanto, tais servidores não gozam de estabilidade.

Vale notar que o art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias previu hipótese excepcional de estabilidade para servidores não concursados que, na época da sua promulgação, estivessem há, no mínimo, cinco anos ininterruptos

¹²⁸ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Op. cit., p. 31.

¹²⁹ Nesse sentido, Odete Medauar leciona que “o Estatuto rege a vida funcional dos ocupantes de cargos efetivos e vem regendo a vida funcional de ocupantes de cargos em comissão, quanto a estes, no que for compatível com esse tipo de cargo” (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 269).

¹³⁰ Cite-se, a respeito, o seguinte acórdão:

“MANDADO DE SEGURANÇA. CARGO EM COMISSÃO. DIRETOR DE SECRETARIA. EXONERAÇÃO AD NUTUM.- Cargo em comissão é de livre nomeação e exoneração, de desempenho sempre precário, sem direito à continuidade.- Exoneração sumária, bastando a vontade do superior hierárquico.- Obediência à forma legal e competência da autoridade.- Desnecessidade de motivação que, se houve, não confere ao ocupante do cargo garantia alguma, não impede sua imediata exoneração.- Direito a processo administrativo que não existe, sobrando a contraposição de provas e alegações para a ação de conhecimento.- Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.- Segurança denegada” (TRF 3ª Região, Órgão Especial, MS 200303000335288, Rel. Juíza Therezinha Cazerta, DJU 20/04/2006, p. 173).

no serviço público. Todavia, tal estabilidade excepcional não se aplica aos ocupantes dos cargos comissionados, conforme expressamente estabeleceu o § 2º do mencionado dispositivo constitucional.¹³¹

A esse respeito, cumpre citar o entendimento adotado pela jurisprudência pátria, conforme julgados a seguir transcritos, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ADCT-CB/88, ARTIGO 19. ESTABILIDADE ANÔMOLA. CARGO EM COMISSÃO. INAPLICABILIDADE. ADCT-CB/88, artigo 19. Estabilidade excepcional concedida aos servidores públicos que na data da promulgação da nova ordem constitucional estivessem em exercício, há pelo menos cinco anos continuados ou não, e que não tivessem sido admitidos na forma regulada no artigo 37 da Constituição. Benesse que não alcança servidores investidos no cargo em comissão. Agravo regimental não provido.¹³²

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – CARGO EM COMISSÃO – ESTABILIDADE NÃO CONTEMPLADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ART. 19, PARÁGRAFO 2º, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS – IMPROVIMENTO DO RECURSO. 1. CARGOS EM COMISSÃO SÃO PROVIDOS EM CARÁTER PROVISÓRIO E TÊM COMO PRESSUPOSTO A ADMISSÃO E DEMISSÃO “AD NUTUM” PELA ADMINISTRAÇÃO. 2. O PARÁGRAFO 2º, DO ART. 19, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS EXPRESSAMENTE EXCLUI A ESTABILIDADE DOS SERVIDORES PÚBLICOS DETENTORES DE CARGO EM COMISSÃO. 3. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO, MANTENDO-SE A R. SENTENÇA RECORRIDA.¹³³

No que tange à servidora gestante ocupante de cargo comissionado, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de ser reconhecida a estabilidade provisória no período que tem início na confirmação da gravidez e se

¹³¹ “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.

(...)

§ 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.”

¹³² STF, 1ª Turma, RE-AgR 181.727, Rel. Min. Eros Grau, DJ 09/12/2005.

¹³³ TRF 3ª Região, 2ª Turma, AC 97030673180, Rel. Juíza Sylvia Steiner, DJ 15/04/1998.

estende até cinco meses após o parto.¹³⁴ Nesse sentido, o seguinte acórdão da Suprema Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CARGO EM COMISSÃO. SERVIDORA GESTANTE. EXONERAÇÃO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. 1. As servidoras públicas e empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime jurídico de trabalho, têm direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Precedentes: RE n. 579.989-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, *Dje* de 29.03.2011, RE n. 600.057-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, *Dje* de 23.10.2009 e RMS n. 24.263, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, *DJ* de 9.5.03. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.¹³⁵

Em caso de dispensa arbitrária ou sem justa causa no período em que garantida a estabilidade provisória à gestante, ela terá direito à indenização “correspondente aos valores que receberia até cinco (5) meses após o parto, caso incorresse tal dispensa”.¹³⁶ Saliente-se que, na mencionada hipótese, não há direito de reintegração ao cargo,¹³⁷ mas apenas à indenização.

Em relação à licença para tratamento de saúde, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região já decidiu pela impossibilidade de exoneração em tal período, conforme julgado a seguir transcrito:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESTITUIÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE. PRORROGAÇÃO. 1. Enquanto em gozo de licença médica, deve-se manter o servidor no cargo em comissão ocupado, tornando sem efeito o ato administrativo que o colocou à disposição. 2. Não basta a apresentação de atestado médico particular para a

¹³⁴ O fundamento para tanto é o art. 10, II, *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

¹³⁵ STF, 1ª Turma, AI-AgR 804.574, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 15/09/2011.

¹³⁶ STF, 2ª Turma, RE-AgR 634.093, Rel. Min. Celso de Mello, *DJe* 07/12/2011.

¹³⁷ A inexistência de direito à reintegração ao cargo da gestante foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça em acórdão assim lavrado:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. CARGO EM COMISSÃO. LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO. GESTANTE. REINTEGRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO. 1. Os ocupantes de cargos em comissão não possuem direito à permanência no cargo, podendo ser exonerados a qualquer momento, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade da Administração. 2. É inviável a pretensão da recorrente de ser reintegrada ao cargo em comissão do qual fora exonerada quando estava no sétimo mês de gravidez. 3. Recurso ordinário improvido” (STJ, 5ª Turma, RMS 18.887/MS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJ* 27/11/2006, p. 291).

prolongação de licença médica, sendo necessária a homologação por perito oficial (Lei n. 8.112/90, art. 202, *caput*).¹³⁸

Insta ressaltar que, apesar de a Constituição Federal estatuir que o cargo em comissão é aquele declarado em lei “de livre nomeação e exoneração” (art. 37, II), é possível que a lei estabeleça certas garantias ao seu ocupante, tal como o mandato a prazo determinado. Em tais casos não se admite a exoneração imotivada.¹³⁹

A Lei federal n. 8.112/1990 prevê, em seu art. 35, que a exoneração do cargo em comissão pode ocorrer a juízo da autoridade competente ou a pedido do próprio servidor. Saliente-se que a exoneração do ocupante de cargo comissionado, nos termos da própria Constituição Federal, pode, em regra, ser realizada livremente, segundo o critério do agente público competente. Basta, para tanto, a quebra da relação de confiança que justificou a nomeação, sendo desnecessária a indicação dos motivos da exoneração. Assim sendo, resta claro que a exoneração não tem a natureza jurídica de penalidade ao servidor.

Nas hipóteses de cometimento de infração a deveres funcionais, a aplicação de sanções depende da instauração de processo administrativo, no qual haverá de ser observado o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da CF).

Interessante, neste ponto, notar que a Lei federal n. 8.112/1990 distingue a exoneração da destituição do servidor ocupante de cargo comissionado¹⁴⁰. De fato, nos termos do art. 135 do diploma normativo em comento, o servidor ocupante exclusivamente de cargo em comissão que tenha cometido infração passível das penalidades de suspensão ou demissão será destituído (e não exonerado) do cargo. Já o art. 136 da mencionada Lei estatui que nas hipóteses de improbidade administrativa, aplicação irregular de dinheiros públicos, lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional, assim como corrupção, a destituição do cargo em comissão “implica a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem

¹³⁸ TRF 4ª Região, 4ª Turma, AG 200504010116227, Rel. Amaury Chaves de Athayde, *DJU* 14/09/2005, p. 734.

¹³⁹ Nesse sentido, o entendimento de Marçal Justen Filho (op. cit., p. 759-760).

¹⁴⁰ De acordo com o art. 127 da Lei n. 8.112/1990, a destituição de cargo em comissão é espécie de penalidade disciplinar.

prejuízo da ação penal cabível”. Para os casos anteriormente mencionados (improbidade administrativa, aplicação irregular de dinheiros públicos, lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional, bem como corrupção), acrescida da hipótese de crime contra a administração pública, o ex-servidor destituído do cargo comissionado não poderá retornar ao serviço público federal (art. 137, parágrafo único). A seu turno, conforme previsão do art. 137, *caput*, da Lei n. 8.112/1990, a destituição de cargo em comissão nos casos em que o agente se valeu do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, ou ainda, quando atuou como procurador ou intermediário junto a repartições públicas (advocacia administrativa), incompatibiliza, pelo período de cinco anos, o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, seja de provimento efetivo, vitalício ou de provimento em comissão.

O art. 137 da Lei federal n. 8.112/1990 cria “uma restrição legítima e razoável à ampla capacidade de escolha de cidadãos para ocupar cargos em comissão, contra as autoridades administrativas”.¹⁴¹

Da análise dos anteriormente mencionados dispositivos legais, constata-se que a destituição do cargo em comissão prevista pela Lei que instituiu o regime jurídico dos servidores públicos federais, diferentemente da exoneração, é espécie de sanção e, portanto, somente poderá ser aplicada ao servidor após a conclusão de processo administrativo disciplinar regularmente instaurado para a apuração da falta funcional.¹⁴²

¹⁴¹ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis*. 4. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 236.

¹⁴² A título ilustrativo, cumpre transcrever acórdão proferido em sede de mandado de segurança, no qual o Superior Tribunal de Justiça manteve a penalidade de destituição do cargo em comissão, que foi imposta após a instauração de processo administrativo disciplinar, *in verbis*:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DESTITUIÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. IMPUTAÇÃO DE VALIMENTO DO CARGO EM DETRIMENTO DA DIGNIDADE DA FUNÇÃO PÚBLICA. 1. O mandado de segurança investe contra ato administrativo que aplicou a pena de destituição de cargo em comissão por intermédio de procedimento administrativo disciplinar. 2. Ao impetrante foi imputado o valimento do cargo público para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, nos termos do art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90, porque, exercendo o cargo em comissão de Coordenador-Geral de Apoio Técnico, indicou para contratação irmão, nora, genro e sobrinhos. 3. O valimento do cargo público foi constatado pela Controladoria-Geral da União, quando da investigação preliminar, e pela Comissão que conduziu o procedimento administrativo disciplinar. 4. O art. 168 da Lei n. 8.112/90 permite que a autoridade julgadora contrarie as conclusões da comissão processante, desde que o faça com a devida motivação, para retificação do julgamento em atenção aos fatos e provas. Precedentes: MS 15.826/DF, Rel. Ministro Humberto

O servidor ocupante de cargo em comissão submete-se a regime de integral dedicação ao serviço, conforme estabelece o art. 19, § 1º, da Lei federal n. 8.112/1990. Em vista disso, entende-se não ser possível o pagamento de horas extraordinárias ao ocupante de cargo comissionado, conforme já decidiu o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO – SERVIDOR – CARGO EM COMISSÃO – HORAS EXTRAS LABORADAS – ART. 19, § 1º, DA LEI N. 8112/90. I – Os ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança não fazem jus a horas extraordinárias laboradas, porquanto, à luz do art. 19, § 1º, da Lei n. 8.112/90, tais servidores submetem-se ao regime integral de dedicação ao serviço, podendo ser convocados sempre que houver interesse da Administração. II – Apelação improvida.¹⁴³

O art. 37, XVI, da Lei Maior veda a acumulação remunerada de cargos públicos, excetuando as hipóteses nele previstas.¹⁴⁴ Em relação aos cargos comissionados, o art. 119 da Lei federal n. 8.112/1990 expressamente estatui que o “servidor não poderá exercer mais de um cargo em comissão”, exceto no caso de nomeação para exercício interino “em outro cargo de confiança, sem prejuízo das atribuições do que atualmente ocupa, hipótese em que deverá optar pela remuneração de um deles durante o período da interinidade” (art. 9º, parágrafo único, da Lei em análise). Admite-se que o aposentado acumule seus proventos com os vencimentos de cargo em comissão.¹⁴⁵

Martins, Primeira Seção, julgado em 22/05/2013, *DJe* 31/05/2013; MS 16.174/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, *DJe* 17.2.2012. 5. A existência de dano ao erário é desinfluyente para a caracterização do valimento do cargo para obtenção de vantagem pessoal ou de outrem (MS 14.621/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, *DJe* 30.6.2010). 6. Os antecedentes funcionais do impetrante não são suficientes para impedir a aplicação da penalidade porque ‘*A Administração Pública, quando se depara com situações em que a conduta do investigado se amolda nas hipóteses de demissão ou cassação de aposentadoria, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa por tratar-se de ato vinculado*’ (MS 15.517/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, *DJe* 18.2.2011). Segurança denegada” (STJ, Primeira Seção, MS 17.811/DF, Rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 02/08/2013).

¹⁴³ TRF 2ª Região, 2ª Turma, AC 199650010036005, Des. federal Castro Aguiar, *DJU* 28/06/2004, p. 142.

¹⁴⁴ Art. 37, XVI, da CF/1988: “É vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: a) a de dois cargos de professor; b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas”.

¹⁴⁵ Nesse sentido, os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro. De acordo com a autora, o art. 118, § 3º, da Lei federal n. 8.112/1990 considera acumulação proibida a percepção de vencimento de cargo ou emprego público efetivo com proventos da inatividade. Assim, a proibição atinge apenas os ocupantes de cargos efetivos, “deixando as portas abertas para que os aposentados acumulem proventos com os vencimentos de cargo em comissão” (*Direito administrativo* cit., p. 511).

O teto remuneratório previsto pelo art. 37, XI, da Lei Maior é aplicável aos titulares de cargo em comissão.¹⁴⁶

O tempo de exercício de cargo em comissão é computado para todos os efeitos (art. 100 da Lei n. 8.112/1990), inclusive para aposentadoria.

Quanto à aposentadoria, o art. 40, § 13, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/1998, estabelece a aplicação do regime geral de previdência social ao servidor ocupante exclusivamente de cargo em comissão. Nessa hipótese de ser o servidor titular apenas de cargo comissionado, entende-se que, por estar ele vinculado ao regime geral de previdência social, não se aplica a regra do art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal, a qual prevê a aposentadoria compulsória aos setenta anos. A esse respeito, Fabrício Motta observa que:

Percebe-se, sem dificuldade, que os servidores ocupantes exclusivamente de cargos comissionados filiam-se obrigatoriamente ao Regime Geral de Previdência Social, disciplinado nos arts. 201 e seguintes da Constituição, onde não há previsão de aposentadoria compulsória. A conjugação destas regras permite-nos afirmar que *não há vedação para o exercício exclusivo de cargo comissionado por pessoa de idade igual ou superior a 70 (setenta) anos, em razão de o instituto da aposentadoria compulsória somente ser aplicável ao regime de previdência dos servidores titulares de cargos efetivos.*¹⁴⁷ (destaques no original)

Nesse sentido, a seguinte decisão do Tribunal de Contas da União, *in verbis*:

(...)

¹⁴⁶ Art. 37, XI, CF/1988: “A remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 41, 19.12.2003)”.

¹⁴⁷ MOTTA, Fabrício. É possível a nomeação de pessoa com 70 anos ou mais para cargo comissionado? *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 5, n. 49, p. 1, mar. 2005.

5. Compelir o servidor ocupante de cargo em comissão a aposentar-se aos 70 (setenta) anos vai contra a essência da natureza dessa peculiar forma de provimento, calcada, primordialmente, no liame de confiança que junte o servidor à autoridade que o investe no cargo. Admitir essa hipótese, implicaria em coarctação ao próprio Texto Constitucional que, explicitamente, no inciso II do art. 37, estabelece dicotomia na forma de investidura entre os cargos efetivos, acessíveis mediante concurso público, e aqueles de provimento em comissão.

6. Ademais, com o advento da Emenda n. 20, a Constituição Federal, em seu art. 40, não deixa margem a dúvidas quanto à aplicabilidade da aposentadoria compulsória, exclusivamente, aos servidores titulares de cargos efetivos, como bem demonstrou a instrução. A seu turno, a aposentação de servidores ocupantes de cargos em comissão, sem vínculo efetivo com a Administração, passou a reger-se pelas normas da Previdência Social, após a edição da Lei n. 8.647/93.¹⁴⁸

Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme decisão a seguir transcrita:

MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO. IDADE SUPERIOR A SETENTA ANOS. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. ART. 40, § 1º, II, E § 13 DA CF/88. INAPLICABILIDADE. EXONERAÇÃO BASEADA EXCLUSIVAMENTE NO FATO DE SER O IMPETRANTE SEPTUAGENÁRIO. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. POSSIBILIDADE DE A AUTORIDADE IMPETRADA EXONERAR O IMPETRANTE POR OUTRO FUNDAMENTO OU MESMO SEM MOTIVAÇÃO EXPRESSA. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. 1. A discussão trazida no apelo resume-se em definir se a aposentadoria compulsória, prevista no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal de 1988, aplica-se ao servidor ocupante exclusivamente de cargo em comissão. 2. A regra constitucional que manda aposentar o servidor septuagenário (§ 1º, II) está encartada no artigo 40 da CF/88, que expressamente se destina a disciplinar o regime jurídico dos servidores efetivos, providos em seus cargos por concurso público. Apenas eles fazem jus à aposentadoria no regime estatutário. 3. Os preceitos do artigo 40 da CF/88, portanto, não se aplicam aos servidores em geral, mas apenas aos titulares de cargos efetivos. O § 13, reconhecendo essa circunstância, é claro quando determina que, "ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social" (excluído, obviamente, o regime de previdência disciplinado no art. 40 da CF/88). 4. Os servidores comissionados, mesmo no período anterior à EC 20/98, não se submetem à regra da aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade. O § 2º do art. 40 da CF/88,

¹⁴⁸ TCU, 2ª Câmara, processo 013.664/1997-2, acórdão 64/2001, Rel. Benjamin Zymler, DOU 02/04/2001.

em sua redação original, remetia à lei "a aposentadoria em cargos ou empregos temporários". Portanto, cabia à lei disciplinar a aposentadoria dos servidores comissionados, incluindo, logicamente, estabelecer, ou não, o limite etário para a aposentação. 5. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça. 6. No caso, como a exoneração do impetrante deveu-se, exclusivamente, ao fato de ter mais de 70 anos, por força da teoria dos motivos determinantes, deve ser anulado o ato impugnado no *mandamus*, nada impedindo, todavia, que a autoridade impetrada promova nova exoneração *ad nutum*. 7. Recurso ordinário provido.¹⁴⁹

Interessante, neste ponto, observar que, em relação aos servidores públicos federais titulares de cargos efetivos, é pacífico o entendimento no sentido de que, a partir da edição da Lei federal n. 9.783, de 28 de janeiro de 1999, não incide a contribuição previdenciária sobre parcelas recebidas em decorrência do exercício do cargo comissionado ou função de confiança, uma vez que tais valores deixaram de ser incorporados à remuneração desses servidores para fins de cálculo dos proventos de aposentadoria.¹⁵⁰ Cite-se, a respeito, acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. BASE DE CÁLCULO. FUNÇÃO COMISSIONADA. NÃO INCIDÊNCIA. LEI 9.783/99. TEMA PACIFICADO. 1. Está pacificado o tema da não incidência da contribuição previdenciária a partir do momento em que as verbas em questão (gratificações pelo exercício de funções de confiança e cargos em comissão) não foram mais incorporadas à remuneração dos servidores, para fins de cálculo dos proventos de aposentadoria, com base na Lei n. 9.783/99. 2. Precedentes: EREsp 859.691/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, *DJe* 23.2.2012; AgRg no AgRg no REsp 962.863/SC, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, *DJe* 5.9.2012; e AgRg no Ag 1.394.751/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, *DJe* 10.6.2011. Agravo regimental improvido.¹⁵¹

¹⁴⁹ STJ, 2ª Turma, RMS 36.950-RO, Rel. Min. Castro Meira, *DJe* 26/04/2013.

¹⁵⁰ A Lei n. 9.783/1999 dispôs sobre a contribuição para o custeio da previdência social dos servidores públicos (ativos e inativos) e dos pensionistas dos três Poderes da União. O mencionado diploma normativo foi revogado pela Lei n. 10.887/2004, a qual, ao tratar da contribuição social do servidor público ativo de qualquer dos Poderes da União, incluídas suas autarquias e fundações, para a manutenção do respectivo regime próprio de previdência social, em seu art. 4º, § 1º, exclui da base de contribuição, de forma expressa, "a parcela percebida em decorrência do exercício de cargo em comissão ou de função comissionada ou gratificada" (inc. VIII, na redação dada pela Lei n. 12.688/2012).

¹⁵¹ STJ, 2ª Turma, AGREsp 1.366.263, Rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 06/09/2013.

O teor da Súmula 69 da Advocacia-Geral da União vai ao encontro do supracitado entendimento:

A partir da edição da Lei nº 9.783/99, não é devida pelo servidor público federal a contribuição previdenciária sobre parcela recebida a título de cargo em comissão ou função de confiança.¹⁵²

Ainda no que tange à Previdência Social, vale notar que, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, ela “não é limitada à aposentadoria, mas também a uma série de serviços que o servidor comissionado tem direito, tais como, licença para tratamento de saúde, licença à gestante, licença-paternidade, licença por acidente de serviço, etc.”.¹⁵³

Aplicam-se aos ocupantes de cargos em comissão os mesmos direitos assegurados aos demais servidores públicos, mas desde que compatíveis com a natureza de tais cargos. Assim, o titular de cargo em comissão tem direito, por exemplo, ao décimo terceiro salário com base na remuneração integral e ao gozo de férias anuais remuneradas, desde que completado o período aquisitivo.¹⁵⁴

Todavia, do teor do art. 39, § 3º, da Constituição Federal,¹⁵⁵ verifica-se que direitos como o seguro-desemprego, o fundo de garantia do tempo de serviço e o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço não são assegurados aos ocupantes dos cargos públicos em geral, entre os quais estão os titulares de cargos em comissão.¹⁵⁶

¹⁵² AGU, Súmula 69, publicada no *DOU* de 18/06/2013.

¹⁵³ STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 524.711, Rel. Min. Francisco Falcão, *DJ* 20/10/2003, p. 226.

¹⁵⁴ Na hipótese de ocorrer exoneração antes de restar concluído o período aquisitivo das férias, o servidor terá direito à indenização correspondente a um doze avos (1/12) por mês de efetivo exercício, ou fração superior a catorze dias (STJ, Corte Especial, Rel. Min. Felix Fischer, *DJe* 23/11/2010).

¹⁵⁵ Art. 39, § 3º, da CF/1988: “Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir (Incluído pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998)”.

¹⁵⁶ Sobre o tema, interessante trazer à colação o teor do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

“CARGO EM COMISSÃO. PLEITO DE RECEBIMENTO DE VERBAS DE CARÁTER TRABALHISTA. 1. Os ocupantes de cargos públicos, sejam de provimento efetivo, sejam de provimento em comissão, não se sujeitam à legislação trabalhista, mas sim ao regime jurídico estatutário. 2. Essa circunstância de separação dos regimes – estatutário e celetista – não é novidade advinda com a Lei n. 8.112/90, pois também existia quando da vigência do anterior estatuto dos funcionários públicos da União (Lei

Outrossim, oportuno ressaltar que, em razão da precariedade do exercício do cargo em comissão, as vantagens da função não integram o patrimônio do seu ocupante.¹⁵⁷ Tal espécie de cargo, como observa Adilson Abreu Dallari, não pode gerar nenhum direito permanente.¹⁵⁸

n. 1.711/52). 3. Em decorrência da aplicação do regime estatutário, tornam-se afastados, de imediato, quaisquer direitos advindos da Consolidação das Leis do Trabalho, quais sejam: anotação na carteira de trabalho, recolhimento do PIS, aviso prévio, multa do art. 477 da CLT, FGTS e guias do seguro desemprego. 4. A pretensão do autor não se sustenta, pois não há como a ele serem aplicadas regras de um regime (celetista) que não condiz com a natureza jurídica da função que ocupava (cargo público). 5. Precedentes. 6. Apelação improvida” (TRF 2ª Região, 4ª Turma Especializada, AC 199951010220312, Rel. Des. federal Luiz Antônio Soares, *DJU* 12/12/2007, p. 174-175).

¹⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 78.

¹⁵⁸ O autor ressalta ser prática constante na Administração Pública a incorporação, a título de vantagem pessoal, da remuneração do cargo em comissão pelo servidor que o tenha ocupado por certo tempo. Segundo o doutrinador, as “leis que instituem tal vantagem são inconstitucionais, por atentarem contra o próprio perfil constitucional do cargo em comissão” (DALLARI, Adilson Abreu. *Op. cit.*, p. 40).

3 A DISCRICIONARIEDADE NA NOMEAÇÃO PARA OS CARGOS COMISSIONADOS

3.1 Considerações sobre a discricionariedade administrativa

A discricionariedade está presente, em diferentes graus, nas três funções estatais. O legislador, por exemplo, que está limitado apenas às normas constitucionais, possui maior liberdade de atuação em relação ao juiz, o qual tem sua atividade sujeita à totalidade do ordenamento jurídico.¹⁵⁹

O presente trabalho dedicar-se-á à análise da discricionariedade na função administrativa, uma vez que a nomeação de determinada pessoa para ocupar cargo público, ainda que realizada no âmbito dos Poderes Legislativo ou Judiciário, tem a natureza jurídica de ato administrativo.

É sabido que toda a atuação da Administração Pública é delineada pela lei (princípio da estrita legalidade, expressamente previsto pelo art. 37, *caput*, da CF). Todavia, em determinadas hipóteses, a própria lei, com o propósito de permitir o melhor atendimento ao interesse público, confere ao administrador certa liberdade para atuar, segundo critérios de conveniência e oportunidade.¹⁶⁰ Discricionariedade, assim, é a liberdade de atuação de acordo com os parâmetros definidos pelo ordenamento jurídico. Não se confunde com arbitrariedade, porque nesta a liberdade de ação excede os limites impostos pela lei.¹⁶¹

¹⁵⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 124.

¹⁶⁰ A conveniência diz respeito às condições em que vai se conduzir o agente; ao passo que a oportunidade se refere ao momento em que a atividade deve ser produzida (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 47).

¹⁶¹ Acerca da discricionariedade e necessidade de observância aos parâmetros legais, vale transcrever os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Considerando-se a ordem jurídica vigente no direito brasileiro, constata-se que, a partir da norma de grau superior – a Constituição – outras vão sendo editadas, como leis e regulamentos, até chegar-se ao ato final de aplicação ao caso concreto. Em cada um desses degraus, acrescenta-se um elemento inovador, sem o qual a norma superior não teria condições de ser aplicada. Em cada momento de produção jurídica, tem-se que respeitar os limites opostos pela norma de grau superior. Assim é que a Administração Pública, ao praticar um ato discricionário, acrescentando um elemento inovador em relação à lei em que se fundamenta, somente agirá lícitamente se respeitar os limites que nesta se contêm. Vale dizer que é no próprio ordenamento jurídico que se encontra o fundamento da discricionariedade” (DI PIETRO,

Para Eros Roberto Grau, a discricionariedade é liberdade de escolha entre opções igualmente justas ou indiferentes perante o ordenamento jurídico. Em suas palavras:

A discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos – porque a decisão se fundamenta em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos etc.), não incluídos na lei e remetidos ao juízo subjetivo da Administração (...).¹⁶²

Como pondera Hely Lopes Meirelles, “a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público”. Assim sendo, para o autor, o correto é falar-se em “poder discricionário da Administração” e não em “ato discricionário”.¹⁶³

De fato, a discricionariedade está na competência do agente quanto a determinados aspectos do ato.¹⁶⁴ Nesse sentido, o conceito de discricionariedade formulado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Discricionariedade é a qualidade da competência cometida por lei à Administração Pública para definir, abstrata ou concretamente, o resíduo de legitimidade necessário para integrar a definição de elementos essenciais à prática de atos de execução voltados ao atendimento de um interesse público específico.¹⁶⁵

Vale notar que o exame da discricionariedade demanda não apenas a análise da norma, mas também do caso concreto. A esse respeito, oportuno citar as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, *in verbis*:

Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 71).

¹⁶² GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 150.

¹⁶³ *Direito administrativo brasileiro* cit., p. 151.

¹⁶⁴ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “discricionária é a apreciação a ser feita pela autoridade quanto aos aspectos tais ou quais”; discricionário não é o ato, mas sim a competência do agente quanto a determinado(s) aspecto(s) do ato. Assim, segundo o autor, ato discricionário é forma elíptica de se dizer “ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o condicionam ou compõem” (*Curso de direito administrativo* cit., p. 947-948).

¹⁶⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 33.

(...) a existência de norma ensanchadora de liberdade administrativa não é o bastante para concluir-se que exista discricção na prática de um determinado ato. É requisito indispensável; não porém suficiente. (...) discricionariiedade é margem de liberdade que efetivamente exista *perante o caso concreto*. Discricionariiedade ao nível da norma pode ou não engendrar discricção em face de uma específica situação ocorrente na realidade empírica, e, de toda sorte, estará sempre restringida aos limites que a situação vertente comporta.¹⁶⁶ (destaques no original).

Com efeito, mesmo que a norma jurídica confira certa margem de liberdade para o administrador, se o caso concreto apontar, de forma que não exista dúvida, para uma única providência que melhor atende ao interesse público visado pela lei, não haverá que se cogitar de discricionariiedade.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a discricionariiedade existe, em regra, nas seguintes situações: quando a lei expressamente a confere à Administração; quando a lei é insuficiente, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação; quando a lei prevê certa competência, mas não determina a conduta a ser adotada; e nos casos em que a lei usa conceitos indeterminados ou fórmulas elásticas, “assim consideradas aquelas que encerram valorações, isto é, sentidos axiológicos, jurídicos, tais como comoção interna, utilidade pública, bem comum, justiça, equidade, decoro, moralidade etc.”.¹⁶⁷⁻¹⁶⁸

A discricionariiedade administrativa nunca é plena. Segundo a doutrina e a jurisprudência majoritárias, o fim e a competência para prática de um ato são sempre vinculados à lei. Isso porque o fim almejado pelo ato é sempre o interesse público.¹⁶⁹ Já quanto à competência, a lei prevê a quem compete a prática de

¹⁶⁶ *Curso de direito administrativo* cit., p. 416-418.

¹⁶⁷ *Discricionariiedade administrativa na Constituição de 1988* cit., p. 75-76.

¹⁶⁸ Importante ressaltar que para Eros Roberto Grau a discricionariiedade somente existe quando a norma jurídica válida atribuir ao agente público a formulação de juízos de oportunidade. Segundo o doutrinador, fora da referida hipótese, qualquer agente público está adstrito à legalidade, “inclusive quando lhe incumba o dever-poder de *interpretar/aplicar* texto ou textos normativos que veiculem ‘conceitos jurídicos indeterminados’”. Ainda conforme apregoa Eros Roberto Grau, “a superação da indeterminação (o *preenchimento*) dos ‘conceitos indeterminados’ opera-se no campo da *interpretação*, não no campo da *discricionariiedade*; importa a formulação de *juízo de legalidade*, não de *juízo de oportunidade*” (*O direito posto e o direito pressuposto* cit., p. 152-159, destaques no original).

¹⁶⁹ Registre-se que para Celso Antônio Bandeira de Mello, embora seja indiscutível que o fim do ato deve ser sempre e necessariamente um interesse público, na maioria das vezes, a apreciação do que

determinado ato. Assim, a discricionariedade pode estar presente no momento da prática do ato; na sua forma;¹⁷⁰ no motivo; ou, ainda, no conteúdo do ato.

O ato praticado no exercício de competência discricionária tem como limite o princípio da legalidade em sentido amplo (dever da Administração Pública de observância do Direito, o que abrange a lei em sentido formal e também todos os princípios da ordem jurídica). A esse respeito, Juarez Freitas pontua que é legítima “a liberdade exercida em conformidade com as regras e, acima delas, com os exigentes princípios da Constituição. Fora daí cristalizar-se-á, em maior ou menor grau, a desprezível e abominável arbitrariedade por ação ou omissão”.¹⁷¹

Por meio da motivação do ato é possível constatar a sua legitimidade. A motivação é “a pedra de toque para o controle da discricionariedade”.¹⁷²

3.2 A discricionariedade na nomeação para os cargos em comissão e os limites previstos em lei

Conforme visto em capítulo anterior, a Constituição Federal, no art. 37, II, trata do cargo em comissão como aquele “declarado em lei de livre nomeação e exoneração”. Portanto, a própria Constituição prevê a discricionariedade, seja quanto à nomeação, seja quanto à exoneração dos ocupantes dessa espécie de cargos públicos. Nesses casos, é dispensável a motivação do ato, o que, todavia, não significa que a nomeação não esteja sujeita à “aprovação no teste da

é o interesse público depende, em certa medida, de uma avaliação subjetiva. Daí que, para o autor, pode existir certa margem de discricionariedade para o administrador na qualificação do interesse público (*Curso de direito administrativo* cit., p. 412-413).

¹⁷⁰ No que tange à forma do ato administrativo, ressalta Maria Sylvia Zanella Di Pietro que há divergência na doutrina, haja vista que parte dela considera que, em relação a tal aspecto, o ato é sempre vinculado, enquanto outros defendem que a forma pode ou não ser discricionária, a depender do que prever a lei. Para a doutrinadora, “a não ser que a lei imponha à Administração a obrigatoriedade de obediência à determinada forma (como decreto, resolução, portaria), o ato pode ser praticado pela forma que lhe parecer mais adequada. Normalmente, as formas e procedimentos mais rigorosos são exigidos quando estejam em jogo direitos dos administrados, como ocorre nos concursos públicos, na licitação, no processo disciplinar”. A autora pondera também que a lei pode prever mais de uma forma possível para alcançar o mesmo efeito jurídico, caso em que haverá discricionariedade quanto à forma (*Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988* cit., p. 82-83).

¹⁷¹ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 13.

¹⁷² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 219.

racionalidade intersubjetiva, coibida toda a arbitrariedade, inclusive a do controlador”.¹⁷³

A lei que cria o cargo de provimento em comissão pode prever requisitos a serem atendidos pelos futuros servidores ou impedimentos à ocupação do cargo. Nesses casos, a liberdade de nomeação é delimitada pela própria lei. A título exemplificativo, podem ser mencionadas a vedação de nomeação de parentes, bem como as exigências de experiência anterior ou qualificação profissional mínima.

Quanto à restrição pela lei à nomeação de parentes para os cargos de provimento em comissão, interessante trazer à colação o entendimento de Elival da Silva Ramos, para quem a legislação com esse teor reforça o princípio constitucional da impessoalidade, *in verbis*:

É inquestionável, pois, que o legislador ordinário de todas as esferas da federação (em face da descentralização da competência legislativa sobre matéria administrativa) pode estabelecer restrições à nomeação ou designação de parentes da autoridade nomeante para o provimento de cargos em comissão ou o preenchimento de funções de confiança, desde que proceda com razoabilidade. Mais do isso, o princípio da impessoalidade, coadjuvado pelos princípios da moralidade e eficiência administrativas, é consideravelmente reforçado por legislação desse naipe, cujos efeitos benéficos à profissionalização da Administração Pública e ao banimento da fisiologia política são evidentes.¹⁷⁴

Cite-se também a seguinte decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, a qual afirma a possibilidade de a legislação ordinária prever a proibição da nomeação de parentes:

(...) de uma interpretação fundada em uma racionalidade estritamente técnica, chega-se à irrefutável conclusão de que a Constituição Federal em momento algum proíbe a nomeação de parentes para o exercício de funções públicas, mas, também, por outro lado, não impede que o legislador ordinário venha a disciplinar essa questão de nomeação de parentes segundo requisitos objetivos, ou mesmo proibir como é proibida na Justiça paulista.

Isso significa dizer que se o legislador ordinário, no âmbito de suas respectivas competências legislativas, pode dizer quais são as funções que podem ser preenchidas em confiança ou comissão,

¹⁷³ FREITAS, Juarez. *Discrecionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública* cit., p. 23.

¹⁷⁴ RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 261-262.

pode também expressamente proibir a nomeação de parentes, ou permiti-las segundo requisitos objetivos.¹⁷⁵

Já no que tange às exigências de um nível mínimo de qualificação ou de prévia experiência profissional na área de atuação, além de limitarem a discricionariedade no provimento do cargo em comissão, prestigiam os princípios constitucionais da moralidade e eficiência, que, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, devem pautar a atuação da Administração Pública.

A respeito do tema, Vanice Lírio do Valle pondera que:

Se a ideia inspiradora dessa figura de exceção ao princípio concursivo, é a instituição de uma estrutura de articulação entre a instância política, que desempenha a gestão superior da administração, e o plano técnico e burocrático; constitui pressuposto de possibilidade mesmo dessa atuação, revestir-se o titular do cargo em comissão, de condições mínimas que lhe permitam o desenvolvimento desse mesmo diálogo com a estrutura por ele dirigida ou chefiada. Fere, portanto, a qualquer parâmetro de razoabilidade, confiar a direção de um órgão de vezo competencial predominantemente técnico – um setor, por hipótese, de controle de câmbio em um Banco Central, ou ainda, uma divisão de pesquisa científica em uma instituição voltada a essa mesma atividade – a pessoa que não se revista de qualificação suficiente que lhe permita interagir, com um mínimo de compreensão, com seus subordinados, seja para a eles transmitir com clareza, os parâmetros políticos de um programa de governo, seja para reportar, ao agente político a quem responde, as eventuais objeções técnicas de seus subordinados.¹⁷⁶

Todavia, é importante notar que critérios objetivos devem ser observados não apenas por ocasião do provimento do cargo em comissão, mas também durante o exercício das funções inerentes ao cargo. De fato, o ocupante de cargo comissionado deve ser frequentemente avaliado no que tange ao seu desempenho funcional, a fim de se assegurar a eficiência da atuação estatal.

Por outro lado, em que pese a relevância de previsão em lei de critérios auferíveis objetivamente, seja no que tange ao provimento ou à avaliação do titular

¹⁷⁵ TJSP, 13ª Câm, de Dir. Público, AI 0044464-08.2006.8.26.0000, Rel. Des. Ferraz de Arruda, decisão monocrática proferida em 04/04/2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-abr-06/constituicao_ nao_proibe_nomear_parente_desembargador>. Acesso em: 24 maio 2013.

¹⁷⁶ Op. cit., p. 8.

de cargo em comissão, é importante considerar que uma disciplina exaustiva da matéria pela legislação pode acabar por trazer maiores prejuízos do que benefícios.

De fato, a lei, geral e abstrata, não tem a aptidão de prever, de antemão, qual a melhor opção diante de uma situação concreta, especialmente em razão da complexidade e dinamismo das relações sociais, sem contar a diversidade de realidades da Administração Pública em um País de tão vasto território como o Brasil. Ademais, não se pode pretender resolver um problema moral da sociedade por meio do direito positivo.¹⁷⁷ Dessa forma, é de extrema importância que a lei preserve certa margem de liberdade ao agente público em relação ao provimento dos cargos em comissão, liberdade essa que, conforme veremos a seguir, deverá ser exercida em conformidade com os princípios constitucionais.

3.3 Os princípios constitucionais como limites à discricionariedade na nomeação para o cargo comissionado

O ato discricionário deve estar em consonância não apenas com a lei em sentido estrito, mas também com os princípios que compõem o ordenamento jurídico. Tais princípios têm a natureza jurídica de norma.

A normatividade é reconhecida tanto aos princípios expressos na ordem jurídica como também àqueles “que, defluentes de seu sistema, são anunciados pela doutrina e descobertos no ato de aplicar o Direito”.¹⁷⁸ De fato, os princípios podem ser tanto explícitos quanto implícitos. Sobre o tema, interessante trazer à colação os apontamentos de Eros Roberto Grau, *in verbis*:

O sistema que o direito é compõe-se de:

[i] *princípios explícitos*, recolhidos no texto da Constituição ou da lei;

¹⁷⁷ De acordo com Carlos Alberto Menezes Direito, “em nosso país, lamentavelmente, pretende-se resolver o problema moral da sociedade por intermédio do direito positivo. O sistema legal serve para criar freios contra manobras destinadas a lesar o Estado, para burocratizar a administração pública com o intuito de impedir os administradores de fraudar o erário, para inibir comportamentos escusos” (DIREITO, Carlos Alberto Menezes Direito. Reforma administrativa: a Emenda n. 19/98. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, América do Norte, 0, ago. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/informativo/article/view/184/179>>. Acesso em: 11 mar. 2013).

¹⁷⁸ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 61.

[ii] *princípios implícitos*, inferidos como resultado da análise de um ou mais preceitos constitucionais ou de uma lei ou conjunto de textos normativos da legislação infraconstitucional (exemplos: o *princípio da motivação do ato administrativo*, art. 93, X, da Constituição; o *princípio da imparcialidade do juiz*, arts. 95, parágrafo único, e 5º, XXXVII da Constituição); e

[iii] *princípios gerais de direito*, também *implícitos*, coletados no direito pressuposto, qual o da *vedação do enriquecimento sem causa*.¹⁷⁹ (destaques no original)

Saliente-se que o ordenamento jurídico é composto de dois tipos de normas: os princípios e as regras. Assim, as normas jurídicas consubstanciam o gênero, que tem como espécies os princípios e as regras. As diferenças qualitativas entre eles, de acordo com José Joaquim Gomes Canotilho, residem nos seguintes aspectos:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. (...) em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objecto de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas exigências ou standards que, em primeira linha (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm fixações normativas *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de *validade e peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são correctas devem ser alteradas).¹⁸⁰ (destaques no original)

Também a respeito da distinção entre regras e princípios, Carlos Ari Sundfeld leciona que o “princípio jurídico é norma de hierarquia superior a das

¹⁷⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 157.

¹⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 4ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2006. p. 1161-1162.

regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico”.¹⁸¹

Humberto Ávila, por sua vez, define os princípios como:

(...) normas que atribuem fundamento a outras normas, por indicarem fins a serem promovidos, sem, no entanto, preverem o meio para a sua realização. Eles apresentam, em razão disso, alto grau de indeterminação, não no sentido de mera vagueza, presente em qualquer norma, mas no sentido específico de não enumerarem exaustivamente os fatos em presença dos quais produzem a consequência jurídica ou de demandarem a concretização por outra norma, de modos diversos e alternativos. (...) O seu elemento essencial é a indeterminação estrutural: princípios são prescrições finalísticas com elevado grau de generalidade material, sem consequências específicas previamente determinadas.¹⁸²

São os princípios que conferem unidade e coerência a certa ordem jurídica.¹⁸³ Paulo Bonavides destaca a grande importância dos princípios para os ordenamentos jurídicos, haja vista que são eles os responsáveis pela congruência, pelo equilíbrio e pela essencialidade de um sistema jurídico. Segundo o autor:

Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de normas das normas, de fonte das fontes. São qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição.¹⁸⁴

Constata-se, então, que a violação a um princípio é de maior gravidade do que a desobediência a uma regra, uma vez que implica ofensa a todo um sistema de comandos.¹⁸⁵

Os princípios constitucionais, sejam explícitos ou implícitos, são normas jurídicas integrantes da Constituição.¹⁸⁶ Esses princípios são utilizados para

¹⁸¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 146.

¹⁸² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 127-128.

¹⁸³ Nesse sentido, Eros Roberto Grau afirma que “cada direito não é mero agregado de normas, porém um conjunto dotado de unidade e coerência – unidade e coerência que repousam precisamente sobre os seus (dele = de um determinado direito) princípios” (*A ordem econômica na Constituição de 1988* cit., p. 167).

¹⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 304-305.

¹⁸⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 922-923.

solucionar questões jurídicas que demandem a sua aplicação normativa e também funcionam como critério para interpretação de outras normas, independentemente do nível hierárquico dessas.¹⁸⁷

Acerca das funções dos princípios, é possível, então, apontar a função interpretativa, segundo a qual “um princípio será interpretado de acordo com outro”; a função integrativa, “em que um princípio atuará diretamente suprimindo lacuna legal”; bem como a função bloqueadora, na qual “um princípio afastará uma norma legal com ele incompatível”.¹⁸⁸ Em relação à função interpretativa dos princípios, insta notar que eles devem ser utilizados como parâmetros não só para interpretação de outros princípios, mas, sobretudo, para a interpretação de regras. As regras devem ser interpretadas sempre em conformidade com os princípios.¹⁸⁹

É indubitável que, em um Estado Democrático de Direito como o nosso (art. 1º da CF), toda a atuação da Administração Pública há de ser realizada em plena observância aos princípios jurídicos, entre os quais aqueles elencados pelo *caput* do art. 37 da Constituição Federal, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.¹⁹⁰

¹⁸⁶ Oportuno notar que, segundo Canotilho, “a constituição é formada por regras e princípios de diferente grau de concretização (= diferente densidade semântica)”. Assim, em primeiro lugar, estariam os princípios estruturantes (aqueles indicativos das diretrizes básicas da ordem constitucional, como os princípios democrático e republicano). Após, viriam os princípios constitucionais gerais, seguidos dos princípios constitucionais especiais e, por fim, das regras constitucionais. Nas palavras do autor: “Os princípios estruturantes ganham densidade e transparência através das suas concretizações (em princípios gerais, princípios especiais ou regras), e estas formam com os primeiros uma unidade material (unidade da Constituição). Todos estes princípios e regras poderão ainda obter maior grau de concretização e densidade através da concretização legislativa e jurisprudencial” (*Direito constitucional e teoria da Constituição* cit., p. 1173-1175).

¹⁸⁷ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Op. cit., p. 251.

¹⁸⁸ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 125.

¹⁸⁹ A respeito da função dos princípios na interpretação das regras, Carlos Ari Sundfeld pondera que: “a) é incorreta a interpretação da regra, quando dela derivar contradição, explícita ou velada, com os princípios; b) quando a regra admitir logicamente mais de uma interpretação, prevalece a que melhor se afinar com os princípios; c) quando a regra tiver sido redigida de modo tal que resulte mais extensa ou mais restrita que o princípio, justifica-se a interpretação extensiva ou restritiva, respectivamente, para calibrar o alcance da regra com o do princípio” (*Fundamentos de direito público* cit., p. 148).

¹⁹⁰ Sobre esses princípios, assim observa Maria Paula Dallari Bucci: “Os princípios da Administração Pública arrolados no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, especialmente o da impessoalidade, explicitam a exigência de objetividade e racionalidade dos atos da autoridade, consistindo na posituação da noção de autoridade burocrática, no sentido weberiano, no ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, o que poderia ser considerado, no panorama internacional, como superado e sem

Todavia, é relevante ressaltar que, além dos princípios arrolados pelo art. 37 da Lei Maior, há, também, outros princípios constitucionais implícitos ou explícitos que, igualmente, compõem a disciplina normativa aplicável à Administração Pública. Celso Antônio Bandeira de Mello indica os seguintes: (a) princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado (deriva da própria ideia de Estado e tem contornos fornecidos pelo Direito posto); (b) princípio da finalidade (o administrador deve sempre objetivar a finalidade prevista na lei, limitando-se a ela, sob pena de nulidade do ato em razão do vício de desvio de poder ou desvio de finalidade; trata-se de um princípio inerente ao princípio da legalidade e tem como fundamentos os artigos 37, *caput*, e 5º, LXIX, da CF); (c) princípio da razoabilidade (a Administração, ao agir no exercício de discricionariedade, está adstrita a critérios racionalmente aceitáveis; tal princípio tem como fundamentos os mesmos preceitos constitucionais referentes aos princípios da legalidade e da finalidade); (d) princípio da proporcionalidade (“as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas”; trata-se de uma faceta específica do princípio da razoabilidade); (e) princípio da motivação (a Administração deve indicar os motivos de fato e de direito capazes de justificar a prática de certo ato; os fundamentos desse princípio são o art. 1º, II e parágrafo único, bem como o art. 5º, XXXV, ambos da CF); (f) princípios do devido processo legal e da ampla defesa (para que sejam atingidas a liberdade ou a propriedade de alguém, a Administração deve realizar processo formal regular, além de garantir o contraditório e a ampla defesa, nos termos do art. 5º, LIV e LV, da CF); (g) princípio do controle judicial dos atos administrativos (art. 5º, XXXV, da CF); (h) princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos (art. 37, § 6º, da CF); e (i) princípio da segurança jurídica (embora tal princípio não encontre fundamento em um dispositivo constitucional específico, é da essência de um Estado Democrático de Direito).¹⁹¹

novidade – a afirmação constitucional do paradigma burocrático – constituiu no quadro constitucional e no direito administrativo brasileiro um marco importante. A Constituição de 1988 é a primeira Constituição brasileira a vincular expressamente aos princípios a atuação discricionária da Administração Pública no País” (BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 108).

¹⁹¹ *Curso de direito administrativo cit.*, p. 92-121.

Em que pese a relevância de todos os supracitados princípios, o presente trabalho terá por objeto apenas aqueles arrolados pelo art. 37, *caput*, da Constituição Federal, bem como as consequências da observância desses princípios no que concerne à nomeação para cargos em comissão.

De acordo com o princípio da estrita legalidade, que é inerente ao Estado de Direito, toda a atuação da Administração Pública deve se dar em observância à lei. Ensina Hely Lopes Meirelles que, “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”.¹⁹² O princípio em tela visa assegurar que a atuação do Poder Executivo seja a concretização da vontade geral expressa na lei.¹⁹³

No que tange à nomeação para cargos de provimento em comissão, tal ato há de observar os requisitos eventualmente impostos pela legislação de regência, conforme apontado no tópico anterior deste trabalho.

O princípio da impessoalidade, por sua vez, impõe à Administração o dever de sempre atuar em busca do interesse público, pautada em critérios objetivos, sem que haja favoritismos ou perseguições.

Hely Lopes Meirelles apregoa que o princípio da impessoalidade nada mais é que o princípio da finalidade, “o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal”. Ainda segundo os seus ensinamentos, “a finalidade terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o interesse público.”¹⁹⁴ Assim, interesses particulares de qualquer espécie não devem interferir nas ações do administrador público.

Sob outra perspectiva, José Afonso da Silva assevera que o princípio em comento “significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário.”¹⁹⁵

¹⁹² *Direito administrativo brasileiro* cit., p. 82-83.

¹⁹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 97.

¹⁹⁴ *Op. cit.*, p. 85-86.

¹⁹⁵ *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 667.

Já para Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da impessoalidade “não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia”.¹⁹⁶ Entretanto, acreditamos haver distinção entre os citados princípios. Nesse sentido, Lúcia Valle Figueiredo leciona que:

(...) impessoalidade pode levar à igualdade, mas com ela não se confunde. É possível haver tratamento igual a determinado grupo (que estaria satisfazendo o princípio da igualdade); porém, se ditado por conveniências pessoais do grupo e/ou do administrador, estará infringindo a impessoalidade. É verdade que estão próximos os princípios, mas certamente não se confundem. A impessoalidade implica, refre-se, o estabelecimento de regra de agir objetiva para o administrador, em todos os casos. Assim, como exemplo curial, em nomeações para determinado cargo em comissão, os critérios da escolha devem ser técnicos, e não de favoritismos ou ódio. Não pode a nomeação ser prêmio atribuído ao nomeado, como, também, não pode haver impedimento a nomeações por idiosincrasias. Impessoalidade é, por conseguinte, imparcialidade, qualidade de ser imparcial, de “julgamento desapassionado, que não sacrifica a sua opinião à própria conveniência, nem às de outrem” (Aurélio Buarque de Holanda).¹⁹⁷

Assim, na nomeação para cargos de provimento em comissão, a escolha do titular não deve ser movida pelo intuito de conceder qualquer tipo de privilégio a alguém. Não se deve, de igual modo, impedir a nomeação de determinada pessoa como forma de represália. Em ambas as hipóteses mencionadas, restará caracterizada a violação ao princípio constitucional da impessoalidade.

Em relação ao princípio da moralidade, que foi explicitado pela Constituição Federal de 1988,¹⁹⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende que:

¹⁹⁶ Idem, *ibidem*, p. 110.

¹⁹⁷ *Curso de direito administrativo* cit., p. 63-64.

¹⁹⁸ Embora o princípio da moralidade apenas tenha sido expressamente previsto no texto constitucional de 1988, tal princípio fazia parte do ordenamento jurídico anterior. Sobre o tema, oportuno trazer à colação trechos extraídos do v. acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, na parte em que faz remissão à decisão proferida pela Corte de origem, *in verbis*: “Poder-se-á dizer que apenas agora a Constituição Federal consagrou a moralidade como princípio de administração pública (art. 37 da Constituição Federal). Isso não é verdade. Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam no texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regeadoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. A circunstância de, no texto constitucional anterior, não figurar o princípio da moralidade não significa que o administrador poderia agir de forma imoral ou mesmo amoral. Como ensina JESUS GONZALES PEREZ, ‘*el hecho de su consagración en una norma legal no supone que con anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa haya*

(...) sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.¹⁹⁹

Verifica-se que o conceito de moralidade administrativa adotado pela mencionada doutrinadora se reporta à moral comum.

Esse mesmo posicionamento é acolhido por Weida Zancaner, para quem o “conceito de moralidade deve ser sacado do próprio conceito de moralidade vigente em uma determinada sociedade em uma determinada época”, sendo o parâmetro aquilo que as pessoas entendem como moralmente correto.²⁰⁰

Para Regina Helena Costa, “o conceito de moralidade varia consoante as coordenadas de tempo e de espaço, adaptando-se à época e à cultura de cada sociedade, segundo os preceitos éticos por ela expedidos”.²⁰¹

Sob a ótica acima exposta, o princípio da moralidade está intrinsecamente relacionado à cultura da sociedade e não se esgota na legalidade.

Diverso é o entendimento de Márcio Cammarosano, que defende que o princípio da moralidade não está diretamente ligado à moral comum existente na sociedade em determinada época, e sim a outros princípios e normas que compõem o ordenamento jurídico. Nas palavras do autor:

(...) o princípio da moralidade administrativa não agrega ao mundo do Direito, por si só, qualquer norma moral que, se violada, implicaria invalidade do ato. Não há que se falar em ofensa à moralidade administrativa se ofensa não houver ao Direito. Mas só se pode falar

perdido tal carácter (*‘El principio de buena fe en el Derecho Administrativo’*, 1983, Madrid, pág. 15). Os princípios gerais de direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. E o fato de passarem a figurar em texto constitucional ou legal não lhes retira o caráter de princípio” (STF, 2ª Turma, Recurso Extraordinário 160381/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 12/08/1994).

¹⁹⁹ *Direito administrativo* cit., p. 70.

²⁰⁰ ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do Estado Social e Democrático de Direito. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano I, n. 9, p. 12, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

²⁰¹ COSTA, Regina Helena. O princípio da moralidade e a tributação. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 691.

em ofensa à moralidade administrativa se a ofensa ao Direito caracterizar também ofensa a preceito moral por ele juridicizado, e não é o princípio da moralidade que, *de per si*, juridiciza preceitos morais.

Portanto, violar a moralidade administrativa é violar o Direito. É questão de legalidade. A só violação de preceito moral, não juridicizado, não implica invalidade do ato. A só ofensa a preceito que não consagra, explícita ou implicitamente, valores morais, implica invalidade do ato, mas não imoralidade administrativa.²⁰²

Nessa mesma linha, José Afonso da Silva leciona que a moralidade administrativa é moralidade jurídica, e não moralidade comum. Com isso, o conteúdo jurídico da moralidade administrativa é composto de regras e princípios hauridos da disciplina da Administração.²⁰³

Compartilhamos do entendimento no sentido de que a moralidade administrativa não é moralidade comum (conjunto de crenças e valores da sociedade), e sim moralidade jurídica, estando, portanto, diretamente vinculada a outros princípios e regras que formam o ordenamento jurídico.

A respeito da relação entre princípio da moralidade administrativa e legalidade (em sentido estrito), parece-nos que o princípio da moralidade apresenta um conteúdo autônomo, que não se confunde com a legalidade em sentido estrito. Porém, está a moralidade administrativa delimitada pela juridicidade (que se refere não apenas às regras, mas também aos princípios que integram o ordenamento jurídico).²⁰⁴

Segundo apregoa Celso Antônio Bandeira de Mello, compreendem-se no âmbito do princípio da moralidade administrativa os denominados princípios da lealdade e da boa-fé, de acordo com os quais:

²⁰² CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 113-114.

²⁰³ *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 668.

²⁰⁴ A respeito do assunto, assim pondera Wallace Paiva Martins Júnior: "(...) a moralidade administrativa assim como a legalidade integram o princípio da juridicidade, que exprime uma compatibilidade do ato com a Constituição, os princípios jurídicos, as normas jurídicas etc., mas não se pode dizer que a legalidade tenha o mesmo sentido de juridicidade (conceito maior, de atuação conforme a lei e o direito, nos termos do art. 2º, I, da Lei Federal n. 9.784/99). Talvez a fixação desse novo significado (juridicidade) suplante a vetusta questão já trazida à baila: da violação da moralidade consistir em afronta à legalidade, pondo o problema nos seus eixos corretos: violação da moralidade consiste em violação da juridicidade" (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibição administrativa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 75-76). Cabe ressaltar que entendemos que juridicidade é o mesmo que legalidade em sentido amplo.

(...) a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.²⁰⁵

O dever de honestidade, assim como o de “lealdade às instituições”, encontra expressa previsão no art. 11, *caput*, da Lei n. 8.429/1992 e também, ao lado de outros princípios e regras, integra o conteúdo da moralidade administrativa.

Registre-se que a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXXIII, atribui a qualquer cidadão legitimidade para propor ação popular que vise a anular ato lesivo à moralidade administrativa.²⁰⁶

O princípio da moralidade administrativa tem estreita relação com o desvio de poder, que resta configurado quando o agente público utiliza o poder que detém para atingir fim diverso daquele previsto em lei.

No desvio de poder, “o ato apresenta-se sob forma legal, a autoridade é a competente, os motivos são verdadeiros, o objeto é lícito, mas a intenção do agente se desvia dos fins que justificaram a outorga de competência”²⁰⁷.²⁰⁸ De duas formas pode ocorrer o desvio de poder: quando o agente busca uma finalidade alheia ao interesse público (casos em que, por exemplo, usa de seus poderes para prejudicar ou beneficiar alguém); ou quando busca uma finalidade que, embora de interesse público, seja diversa da categoria do ato que utilizou (a título de exemplo, na hipótese de remoção de um servidor com o propósito de castigá-lo).²⁰⁹ Nessas

²⁰⁵ *Curso de direito administrativo* cit., p. 115.

²⁰⁶ Art. 5º, LXXIII, da CF/1988: “Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

²⁰⁷ DI PIETRO, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988* cit., p. 152.

²⁰⁸ Vale notar que, para Hely Lopes Meirelles, o desvio de poder (ou de finalidade) ocorre “quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público”. O desvio de finalidade ou de poder é, segundo o autor, violação ideológica ou moral da lei (op. cit., p. 96).

²⁰⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo* cit., p. 389. Cumpre esclarecer que, segundo o doutrinador, finalidade “é o bem jurídico objetivado pelo ato”, sendo que, “cada ato tem a finalidade em vista da qual a lei o concebeu. Por isso, por via dele só se pode buscar a finalidade que lhe é correspondente, segundo o modelo legal” (idem, *ibidem*, p. 387-388).

situações, o administrador viola os deveres de boa-fé, honestidade, que fazem parte da moralidade administrativa.

A moralidade pode estar relacionada tanto com a finalidade quanto com o conteúdo ou objeto do ato. Outro, porém, é o posicionamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem a imoralidade resulta do objeto do ato. De acordo com a autora:

Relacionar a moralidade com a intenção do agente significa colocar a questão em termos de legalidade e tirar qualquer sentido às normas constitucionais que revelam a preocupação do constituinte brasileiro, em inserir a moralidade como requisito de validade da atuação administrativa. Mas há ainda outro inconveniente resultante dessa colocação: é o fato de ser extremamente difícil a pesquisa da intenção do agente, de modo a concluir pela ilegalidade do ato. Por isso mesmo, a moralidade há de estar localizada em outros aspectos que não o da finalidade, ainda que nesta esteja também presente. Sua presença há de ser mais objetiva do que subjetiva. O princípio da moralidade tem utilidade na medida em que diz respeito aos próprios meios de ação escolhidos pela Administração Pública. Muito mais do que em qualquer outro elemento do ato administrativo, a moral é identificável no seu objeto ou conteúdo, ou seja, no efeito jurídico imediato que o ato produz e que, na realidade, expressa o meio de atuação pelo qual opta a Administração para atingir cada uma de suas finalidades. (...) Não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isso ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições.²¹⁰

Importante notar que a moralidade administrativa tem como uma de suas facetas a probidade administrativa. Logo, a moralidade administrativa é gênero, que tem a probidade como espécie.

José Afonso da Silva assim define a probidade administrativa:

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º). A probidade administrativa consiste no dever de o “funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade

²¹⁰ *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988 cit., p. 154.*

administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada.²¹¹

Já para Juarez Freitas:

(...) o princípio da probidade administrativa consiste na proibição de atos inequivocamente desonestos ou desleais para com o Poder Público, praticados por agentes públicos ou terceiros, concretizados por tipificações e mecanismos sancionatórios inscritos na Lei 8.429/1992, que exigem aplicação cercada de cautelas, no resguardo dos limites do próprio princípio.²¹²

Como bem observa Márcio Cammarosano, “toda improbidade constitui ofensa à moralidade administrativa, mas não basta que haja ofensa a esta para que, *ipso facto*, se tenha também como caracterizada aquela”.²¹³

Em relação à imoralidade, a improbidade é qualificada pelo resultado, que pode ser a vantagem patrimonial indevida do agente público ou de terceiro, o dano ao erário, ou, ainda, a ofensa aos princípios da Administração Pública (artigos 9º a 11, respectivamente, da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992²¹⁴).²¹⁵

A respeito da relevância do princípio da probidade administrativa, interessante trazer à colação as considerações formuladas por Wallace Paiva Martins Júnior, *in verbis*:

A adoção do princípio da probidade administrativa no ordenamento jurídico valoriza a implementação prática do princípio da moralidade administrativa, conferindo à Nação, ao Estado, ao povo, enfim, um direito público subjetivo a uma Administração Pública proba e honesta (e a ter agentes públicos com essas mesmas qualidades), através de meios e instrumentos preventivos e repressivos (ou sancionadores) da improbidade administrativa. O princípio da

²¹¹ *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 669.

²¹² FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. refundida e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 166-168.

²¹³ *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa* cit., p. 109.

²¹⁴ “Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.”

²¹⁵ Para Wallace Paiva Martins Júnior, improbidade administrativa significa, em linhas gerais, “servir-se da função pública para angariar ou distribuir, em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza, e por qualquer modo, com violação aos princípios e regras presidentes das atividades na Administração Pública, menosprezando os deveres do cargo e a relevância dos bens, direitos, interesses e valores confiados à sua guarda, inclusive por omissão, com ou sem prejuízo patrimonial” (*Probidade administrativa* cit., p. 113).

probidade administrativa colabora para o direito administrativo na diminuição da insindicabilidade do ato administrativo discricionário, para o estabelecimento de uma Administração Pública mais eficiente, na medida em que se dirige à consecução da noção de bem e melhor administrar (da escolha dos meios mais adequados, coerentes e proporcionais para a satisfação de seus fins e alcance do interesse público).²¹⁶

Cumprido ressaltar que, para os atos de improbidade administrativa, a Constituição Federal, com o propósito de evitar e reprimir qualquer atuação em detrimento do Estado, prevê um tratamento diferenciado, haja vista que, entre as sanções aplicáveis ao agente ímprobo, estabelece a pena de suspensão dos direitos políticos (art. 37, § 4º²¹⁷).²¹⁸

Saliente-se que o agente público deve pautar a sua atuação pela lealdade, equidade, retidão e honestidade. Para Diogenes Gasparini, o administrador público, em obediência a essa orientação, deve buscar, entre as opções permitidas pela lei, a mais vantajosa, a melhor para a Administração. Exemplifica o autor que, havendo mais de um indivíduo nomeável a titular de um cargo comissionado, “a nomeação há de incidir naquele com mais experiência, com mais títulos, com mais capacidade, se todos gozam da mesma confiança do agente competente para nomear”, sob pena de violação ao dever de probidade.²¹⁹

Ainda quanto à nomeação para cargo de provimento em comissão, interessante citar exemplo de violação à moralidade administrativa formulado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *in verbis*:

(...) a Constituição prevê a possibilidade de nomeação, sem concurso, para cargos em comissão declarados, em lei, de livre provimento e exoneração; supondo-se que, para determinados cargos, não haja qualquer exigência ou restrição específica, o Poder Executivo terá um amplo leque de opções, todas válidas perante o

²¹⁶ Idem, *ibidem*, p. 100-101.

²¹⁷ Art. 37, § 4º, da CF/1988: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

²¹⁸ Alexandre de Moraes assevera que a repressão constitucional à improbidade administrativa tem como objetivo “evitar que os agentes públicos atuem em detrimento do Estado, pois, como já salientava Platão, a punição e afastamento da vida pública dos agentes corruptos pretendem fixar uma regra proibitiva, de que os servidores públicos não se deixem ‘induzir por preço nenhum a agir em detrimento dos interesses do Estado’” (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. 2ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2009. p. 366).

²¹⁹ *Direito administrativo cit.*, p. 153-154.

Direito. Mas, se a sua escolha recair sobre um membro do Ministério Público, por exemplo, estarão solapadas as próprias bases dessa instituição, que não pode, com a necessária independência e isenção, exercer uma função essencialmente política, da confiança do Chefe do Executivo, cujos atos podem vir a ser objeto de denúncia perante a mesma instituição. O exercício de função política pelos membros do Ministério Público fere a Moral administrativa, porque coloca em dúvida a credibilidade de uma instituição que existe para proteger a sociedade contra qualquer tipo de atos ilícitos contra ela praticados. Quem atuará em nome da sociedade contra os atos ilegais praticados pelo Poder Executivo, quando aquele que a devia proteger exerce função da confiança deste último?²²⁰

Passemos, então, à análise do princípio da publicidade. Tal princípio implica o dever de a Administração manter total transparência em suas ações.²²¹

Nos termos do art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal, todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, coletivo ou geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. A publicidade, que deve ser feita na forma da lei, inibe a prática de irregularidades e permite o controle dos atos praticados pela Administração.²²²

A respeito da abrangência do princípio em análise, oportuno trazer à colação os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles:

A publicidade, como princípio de administração pública (CF, art. 37, *caput*), abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamentos das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes. Tudo isto é papel ou documento público que pode ser examinado na repartição por qualquer interessado e

²²⁰ *Discrecionariiedade administrativa na Constituição de 1988 cit.*, p. 162.

²²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo cit.*, p. 110.

²²² Sobre o assunto, cabe citar as observações de Marçal Justen Filho: “A possibilidade de conhecimento público sobre as escolhas desincentiva a prática de irregularidades, especialmente em vista da ampliação da possibilidade de repressão a ilícitos e a desvios. A certeza da revelação da ilicitude e da improbidade é um fator essencial para a redução de práticas reprováveis” (op. cit., p. 118).

dele pode obter certidão ou fotocópia autenticada para os fins constitucionais.²²³

Conforme estatui o art. 37, § 1º, da Lei Maior, a publicidade dos atos 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”.

A falta de publicidade do ato pode acarretar a sua invalidade ou ineficácia, a depender da hipótese em apreciação e da respectiva legislação de regência. Em geral, “a falta de publicidade não retira a validade do ato, funcionando como fator de eficácia: o ato é válido, mas inidôneo para produzir efeitos jurídicos”²²⁴.²²⁵

Vale notar que a publicidade, ao lado da motivação e da participação popular, é subprincípio da transparência administrativa, que, por sua vez, decorre do princípio democrático. Segundo pondera Wallace Paiva Martins Júnior, a publicidade é o primeiro estágio da transparência administrativa, a qual se aperfeiçoa com a motivação e a participação popular. De acordo com o autor:

Participação popular, processo administrativo, publicidade, acesso e motivação concretizam a transparência administrativa na medida em que não apenas informam ao público, como também garantem a colaboração do público e tornam públicas as decisões tomadas. A transparência administrativa instrumentaliza-se pela publicidade, pela motivação e pela participação popular, nas quais os direitos de acesso, de informação, de um devido processo legal articulam-se como formas de atuação. (...) Como num círculo virtuoso, o conhecimento do fato (acesso, publicidade) e de suas razões (motivação) permite o controle, a sugestão, a defesa, a consulta, a deliberação (participação).²²⁶

²²³ *Direito administrativo brasileiro* cit., p. 87.

²²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 27.

²²⁵ Segundo Wallace Paiva Martins Júnior, “a publicidade é formalidade essencial, prévia ou posterior, ora como fator de eficácia subordinando o conhecimento e os efeitos jurídicos do ato administrativo perante o administrado ou terceiros por meio da necessidade de exteriorização de seu conteúdo (publicação, comunicação, intimação), ora elemento integrante do ciclo de produção (ou processo de formação) do ato administrativo para sua conformidade ao direito positivo. Essa funcionalidade é visível pela estrutura e finalidades do ato e da publicidade em relação a ele” (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 61).

²²⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 19-22.

A transparência administrativa tem natureza jurídica de princípio e, como tal, obriga a Administração Pública, além de ser um direito subjetivo público do indivíduo e da coletividade.

Em matéria de provimento de cargos em comissão, a nomeação há de ser publicada no órgão oficial de divulgação do ente federado²²⁷ (no caso da União, trata-se do Diário Oficial da União²²⁸ e, para os Estados e Municípios, dependerá do que dispuser a respectiva legislação). Ademais, é de extrema relevância, especialmente para permitir o controle pelos órgãos públicos legitimados e pela própria população, a divulgação pelo ente federado do número de cargos em comissão existentes no quadro de pessoal. No que tange à Administração Pública federal, por exemplo, segundo o Boletim Estatístico de Pessoal elaborado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, o quantitativo de ocupantes de cargos e funções de confiança e gratificações apenas do Poder Executivo Federal (o que inclui Administração direta, autarquias e fundações), em dezembro de 2012, totalizava 90.173 (noventa mil, cento e setenta e três).²²⁹

Por fim, compete-nos analisar o princípio da eficiência, que, conforme já visto anteriormente, foi incluído na Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 19 de 1998,²³⁰ além de encontrar expressa previsão no art. 2º, *caput*, da Lei federal n. 9.784/1999.²³¹

²²⁷ Órgão oficial, conforme registra Diogenes Gasparini, “é o jornal, público ou privado, destinado à publicação dos atos estatais” (op. cit., p. 12).

²²⁸ Nos termos do art. 4º do Decreto federal n. 4.520, de 16 de dezembro de 2002: “Os atos relativos ao pessoal civil e militar do Poder Executivo, de suas autarquias e das fundações públicas, bem assim dos servidores do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, cuja publicação decorrer de disposição legal, são publicados no Diário Oficial da União”.

²²⁹ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO – SECRETARIA DE GESTÃO PÚBLICA. *Boletim Estatístico de Pessoal*. Brasília, v. 17, n. 201, p. 148, jan. 2013. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/servidor/publicacoes/boletim_estatistico_pessoal/2013/Bol201_Jan2013.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2013.

²³⁰ Em que pese o princípio da eficiência apenas ter sido inserido no texto da Constituição pela Emenda Constitucional n. 19/1998, o dever de eficiência já era previsto de antemão pela legislação infraconstitucional. De fato, segundo Hely Lopes Meirelles, tal dever de eficiência “já se acha consagrado, entre nós, pela Reforma Administrativa Federal do Dec.-lei 200/67, quando submete toda atividade do Executivo ao controle de resultado (arts. 13 e 25, V), fortalece o sistema de mérito (art. 25, VIII), sujeita a Administração indireta a supervisão ministerial quanto à eficácia administrativa (art. 26, III) e recomenda a demissão ou dispensa do servidor comprovadamente ineficiente ou desidioso (art. 100)” (op. cit., p. 90). Todavia, parece-nos que a inclusão do princípio em tela como norma constitucional ampliou o seu campo de incidência e, conforme observa Rodrigo Pironti Aguirre de Castro, “impõe ao intérprete uma análise em prol do cidadão, uma interpretação ampliativa de

Segundo tal princípio, o agente público tem o dever de desempenhar as suas atividades com presteza e plena qualidade, com o propósito de atingir os melhores resultados para o interesse geral. O princípio da eficiência equivale ao “dever de boa administração” do Direito italiano.

O princípio em análise guarda estreita relação com a economia, haja vista que impõe ao agente público o dever de atuar em busca dos melhores resultados com o menor custo econômico possível, sem desperdícios de verbas públicas. Leciona José Afonso da Silva que a eficiência é um conceito econômico:

Eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica normas, qualifica atividades. Numa ideia muito geral, eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. Assim, o princípio da eficiência, introduzido agora no art. 37 da Constituição Federal pela EC-19/98, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados.”²³²

Porém, cumpre salientar que eficiência administrativa não se confunde com eficiência econômica, uma vez que diante de situações em que haja conflito “entre a eficiência econômica e certos valores fundamentais, deverá adotar-se a solução que preserve ao máximo todos os valores em conflito, mesmo que tal implique a redução da eficiência econômica.”²³³⁻²³⁴

Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta que o princípio da eficiência apresenta dois aspectos: um atinente ao “modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados”; e outro referente ao “modo de organizar, estruturar, disciplinar a

seus direitos, conformando mais uma forma de controle e um dever de probidade da atividade administrativa” (CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Op. cit., p. 20).

²³¹ Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

²³² SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 671.

²³³ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 120.

²³⁴ Marçal Justen Filho explica que a afirmação no sentido de que a atividade estatal é norteadada pela eficiência não implica subordinar a atividade administrativa à racionalidade econômica (que é norteadada pela busca do lucro e da acumulação da riqueza). Isso porque a atividade estatal deve ser voltada à realização de valores outros que não apenas aqueles de cunho econômico (op. cit., p. 119).

Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público”.²³⁵

Importante ressaltar que o princípio da eficiência somente pode ser concebido “na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência”.²³⁶ De fato, o princípio da eficiência não deve prevalecer em detrimento dos demais princípios aplicáveis à Administração, menos ainda em relação ao princípio da legalidade, que é o postulado do Estado de Direito.

Em razão da imprecisão do termo “eficiência” e da conseqüente dificuldade de controle à luz do Direito, o princípio em comento é alvo de críticas por parte da doutrina.²³⁷ Outrossim, argumenta-se que é inócua a previsão constitucional do princípio da eficiência caso não haja uma mudança no pensamento dos governantes; caso não se afastem os interesses pessoais dos administradores públicos para que, então, sejam efetivamente almejados os reais interesses da coletividade.²³⁸

Interessante, neste ponto, registrar que eficiência e eficácia não se confundem. O princípio da eficiência, frise-se, diz respeito ao modo de atuação do agente público, que deve sempre ser voltado à busca dos melhores resultados. Já o princípio da eficácia, que encontra previsão no art. 74 da Lei Maior, “determina a obtenção de resultados harmônicos com os objetivos e metas fundamentais da gestão pública, nos termos da Constituição (especialmente os previstos no art. 3º)”²³⁹.

²³⁵ *Direito administrativo* cit., p. 75.

²³⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 118.

²³⁷ Lúcia Valle Figueiredo alerta que à Administração Pública sempre coube agir com eficiência. Segundo a doutrinadora, “no novo conceito instaurado de Administração Gerencial, de ‘cliente’, em lugar de administrado, o novo ‘clichê’ produzido pelos reformadores, fazia-se importante, até para justificar perante o país as mudanças constitucionais pretendidas, trazer ao texto o princípio da eficiência” (*Curso de direito administrativo* cit., p. 64).

²³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 28.

²³⁹ Asserção formulada por Juarez Freitas. O autor, ao tratar dos princípios da eficiência, economicidade (previsto no art. 70 da Constituição Federal e referente à “otimização da ação pública, no sentido de fazer o mais com o menor custo possível, vedado todo e qualquer desperdício”) e eficácia, leciona que embora este último princípio esteja em sincronia com os outros dois, goza de autonomia. De acordo com o doutrinador, o princípio da eficácia estabelece “que o administrador público está obrigado a cumprir e atingir diligentemente as metas (mensuráveis) e os objetivos

Para Lúcia Valle Figueiredo, em razão do princípio constitucional da eficiência, os atos administrativos poderão ser controlados pelo Poder Judiciário ou pelo Tribunal de Contas (arts. 5º, XXXV, e 70, ambos da CF) de forma mais profunda, “para verificação se foram úteis o suficiente ao fim a que se preordenavam, se foram eficientes”.²⁴⁰

Quanto aos cargos de provimento em comissão, à luz do princípio constitucional da eficiência, a escolha dos seus titulares deve ser fundamentada não apenas na confiança, mas também em critérios baseados na experiência profissional e capacitação técnica do indivíduo, que deverá reunir predicados necessários ao bom desempenho das funções inerentes ao cargo. Assim, entre os interessados em ocupar um cargo de provimento em comissão, deverá a autoridade nomeante optar por aquele que apresente mais condições de melhor exercer as atribuições do cargo.

fundamentais da Carta. (...) Quer dizer: não basta ser eficiente, nem econômico, se os resultados constitucionalmente adequados não forem atingidos. Mister que se verifique o cumprimento das metas, isto é, que o desempenho (sempre mensurável) seja satisfatório” (FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais* cit., p. 125-128).

²⁴⁰ *Curso de direito administrativo* cit., p. 64-65.

4 CONTROLE DO ATO DE NOMEAÇÃO

4.1 Controle exercido pela Administração e pelo Poder Legislativo (de forma direta ou com o auxílio do Tribunal de Contas)

A Administração Pública, no exercício de suas funções, está sujeita tanto a controle interno (aquele realizado por ela própria e que abarca critérios de conveniência e oportunidade, bem como o aspecto da legalidade) quanto a controle externo (que é exercido pelo Poder Legislativo – diretamente ou com o auxílio do Tribunal de Contas – e também pelo Poder Judiciário). Tal controle pode ser prévio, simultâneo ou posterior à atuação da Administração e abrange, a depender do caso, fiscalização, correção, invalidação ou sustação do ato. O seu escopo é garantir a observância dos princípios e das regras que integram o ordenamento jurídico.

Em que pese o controle da Administração Pública ser atribuição dos órgãos do Estado, o cidadão tem nele papel relevante, uma vez que pode suscitar o procedimento de controle para defesa de interesses individuais ou coletivos. A título elucidativo, cumpre mencionar que a Constituição Federal, no art. 5º, XXXIV, a, assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. Importante também notar que o § 2º do art. 74 da Lei Maior prevê que qualquer cidadão “é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”.

A Constituição Federal expressamente prevê, em seu art. 74, o controle interno para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Vejamos:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I – avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III – exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV – apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Acerca do controle interno da Administração Pública, no âmbito federal, o Decreto-lei n. 200/1967 trata da supervisão ministerial, que tem, entre outros, o objetivo de assegurar a observância da legislação federal.²⁴¹

É importante notar que o controle interno pode ser exercido *ex officio* ou por provocação do administrado. Outrossim, trata-se de uma decorrência do poder de autotutela, que confere à Administração a possibilidade de anular os atos ilegais ou revogar atos inconvenientes ou inoportunos. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 473, que assim dispõe:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Sobre o poder de autotutela, Maria Sylvia Zanella Di Pietro salienta que tal poder tem por fundamentos os princípios que regem a atuação da Administração Pública, sobretudo os princípios da legalidade e da predominância do interesse público. De acordo com a doutrinadora:

Com efeito, se a Administração está sujeita à observância da lei e à consecução do interesse público, não há por que negar-lhe o controle sobre os próprios atos para assegurar a observância daqueles princípios, mesmo porque, não o fazendo, sujeita-se ao controle pelos demais Poderes, aumentando os ônus do Estado na missão suprema de tutela do direito.²⁴²

²⁴¹ Nesse sentido, o art. 25 do diploma normativo em comento: “Art. 25. A supervisão ministerial tem por principal objetivo, na área de competência do Ministro de Estado: I – assegurar a observância da legislação federal. II – promover a execução dos programas do Governo. III – fazer observar os princípios fundamentais enunciados no Título II. IV – coordenar as atividades dos órgãos supervisionados e harmonizar sua atuação com a dos demais Ministérios. V – avaliar o comportamento administrativo dos órgãos supervisionados e diligenciar no sentido de que estejam confiados a dirigentes capacitados. VI – proteger a administração dos órgãos supervisionados contra interferências e pressões ilegítimas. VII – fortalecer o sistema do mérito. VIII – fiscalizar a aplicação e utilização de dinheiros, valores e bens públicos. IX – acompanhar os custos globais dos programas setoriais do Governo, a fim de alcançar uma prestação econômica de serviços. X – fornecer ao órgão próprio do Ministério da Fazenda os elementos necessários à prestação de contas do exercício financeiro. XI – transmitir ao Tribunal de Contas, sem prejuízo da fiscalização deste, informes relativos à administração financeira e patrimonial dos órgãos do Ministério”.

²⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* cit., p. 674.

Do quanto exposto, verifica-se que, uma vez constatada ilegalidade no ato de nomeação para cargo em comissão, a própria Administração deve invalidá-lo²⁴³ após a instauração de processo administrativo em que seja assegurado ao interessado o exercício do contraditório e da ampla defesa, conforme art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal.

Todavia, em determinadas situações, pode ocorrer a convalidação do ato, ou seja, o saneamento do vício com efeitos retroativos à época em que o ato foi praticado. A convalidação é possível quando: (a) o ato for praticado com vício de incompetência e desde que não se trate de competência atribuída com exclusividade (hipótese em que não se admitem a delegação ou a avocação); ou (b) o vício recair sobre a forma do ato e não for ela essencial à sua validade. Já os vícios atinentes ao motivo, à finalidade, ao objeto ou conteúdo do ato não são passíveis de convalidação.²⁴⁴

A invalidação do ato está, em regra, sujeita a prazo, uma vez que é necessária a estabilização das relações jurídicas (princípio da segurança jurídica). De acordo com Hely Lopes Meirelles, quando a lei não fixar o prazo da prescrição administrativa,²⁴⁵ ela ocorre em cinco anos, à semelhança da prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública (art. 1º do Decreto n. 20.910/1932²⁴⁶).²⁴⁷ Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “prescrita a ação na esfera judicial, não pode mais a Administração rever os próprios atos, quer por iniciativa própria, quer mediante

²⁴³ A invalidação de um ato ilegal é dever (e não mera faculdade) da Administração, que está vinculada ao princípio da legalidade.

²⁴⁴ Esses são os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito administrativo cit.*, p. 229-230).

²⁴⁵ A expressão “prescrição administrativa”, conforme esclarece o autor, é utilizada “para indicar o escoamento dos prazos para interposição de recurso no âmbito da Administração, ou para a manifestação da própria Administração sobre a conduta de seus servidores ou sobre direitos e obrigações dos particulares perante o Poder Público” (*Direito administrativo brasileiro cit.*, p. 585). Não se confunde, portanto, com a perda da ação judicial em razão da inércia de seu titular. Na verdade, “a perda da possibilidade de a Administração prover sobre dada matéria em decorrência do transcurso do prazo dentro do qual poderia se manifestar não se assemelha à prescrição”, mas configura situação de decadência (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo cit.*, p. 1011).

²⁴⁶ Decreto n. 20.910/1932: “Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em 5 (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem”.

²⁴⁷ *Direito administrativo brasileiro cit.*, p. 585.

provocação”.²⁴⁸ Saliente-se que, na esfera federal, a matéria é tratada pelo art. 54 da Lei n. 9.784/1999, o qual fixa o prazo decadencial de cinco anos para a Administração anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.²⁴⁹

No que tange ao controle externo a ser exercido sobre a Administração pelo Poder Legislativo, tal controle é restrito às hipóteses elencadas na Constituição Federal, haja vista que acarreta a intervenção de um Poder sobre outro. Como exemplos, podem ser mencionados os seguintes artigos da Lei Maior: 49, V e X (atribui ao Congresso Nacional competência exclusiva para, respectivamente, “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa” e “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”); 50 (atribui à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poder para “convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado”, configurando crime de responsabilidade a ausência sem adequada justificação); 58, § 3º (trata da apuração de irregularidades pelas comissões parlamentares de inquérito, “que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”); 70 (confere ao

²⁴⁸ *Direito administrativo* cit., p. 684.

²⁴⁹ Cumpre notar que o mencionado art. 54 da Lei federal n. 9.784/1999 dispensa tratamento diferenciado quanto aos atos restritivos e aos atos ampliativos de direitos dos administrados. Com efeito, enquanto a invalidação do ato ampliativo de direitos do administrado de boa-fé está sujeita ao prazo de cinco anos, “os atos restritivos de direitos são sempre passíveis de invalidação pela Administração, ao menos em relação àquele ou àqueles que tiveram suas esferas jurídicas restringidas ou aviltadas pelo ato inválido” (ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 78). Vale ainda registrar que o dispositivo legal em comento também trata de forma diversa os casos em que tenha havido má-fé (do administrado ou do agente público). Sobre o tema, Sílvio Luís Ferreira da Rocha apregoa que “se houve má-fé não há prazo para a Administração invalidar o ato administrativo” (ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Repercussões do Código Civil de 2002 no direito administrativo*. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 815). Já para Celso Antônio Bandeira de Mello é aplicável à hipótese, por analogia, o art. 205 do Código Civil, o qual estabelece o prazo de dez anos (*Curso de direito administrativo* cit., p. 1015). Todavia, compartilhamos do entendimento esposado por Juarez Freitas no sentido de que “havendo má-fé (v.g., fraude por parte do beneficiário dos efeitos do ato viciado), o prazo decadencial (5 anos) para o direito/dever de anulação deve ser contado de modo distinto, isto é, a partir da ciência da fraude ou da má-fé. O princípio da segurança jurídica, nessa perspectiva, resta atendido, e o princípio da moralidade também” (*O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais* cit., p. 425).

Congresso Nacional a atribuição para exercer a “fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas”); entre diversos outros dispositivos constitucionais.

Nos termos do art. 71 da Constituição Federal, o controle externo, de responsabilidade do Congresso Nacional, é exercido com o auxílio do Tribunal de Contas. As competências da Corte de Contas encontram-se elencadas no referido artigo.²⁵⁰

Destaca-se que, apesar de o inc. III do art. 71 da Lei Maior excluir da competência do Tribunal de Contas a apreciação, para fim de registro, da legalidade das nomeações para cargo de provimento em comissão, tal fato não impede a mencionada entidade de exercer controle sobre o atos de que resultem despesas praticados por gestores sujeitos à sua jurisdição (caso, por exemplo, de nomeação de determinado agente, com o consequente pagamento de vencimentos pelos cofres públicos sem que, todavia, haja a devida contraprestação de trabalho por

²⁵⁰ “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I – apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; III – apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; IV – realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; V – fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; VI – fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; VII – prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas; VIII – aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; IX – assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X – sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; XI – representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.”

parte do servidor). Outrossim, uma vez constatada ilegalidade no ato de nomeação (tal como na hipótese de nomeação de parentes para cargo em comissão ou função de confiança em afronta a dispositivo de lei), compete à Corte de Contas, com fulcro no art. 71, IX, da Constituição Federal, assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei. Esse foi o entendimento adotado pelo Tribunal de Contas da União no processo n. 012.247/1999-5. Cite-se, a propósito, trechos do voto do Relator no acórdão n. 0033/2004, o qual foi prolatado nos autos do referido processo:

(...)

4. De fato, assiste razão à unidade técnica. A alegada falta de competência desta Corte, sob o argumento de que, “nos termos do art. 71, III, da Constituição Federal, os cargos de provimento em comissão ficam fora da fiscalização do Tribunal de Contas”, não subsiste, uma vez que não se está, no presente feito, diante da atribuição do TCU de apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, mas, sim, da sua competência de “fiscalizar e exercer controle sobre os atos de que resulte receita ou despesa praticados por gestores sujeitos à sua jurisdição”, como bem consignou o Ministro Guilherme Palmeira em seu Voto, prevista nos arts. 70 e 71, incisos II e VIII, da Carta de 1988.

5. Apenas em reforço a esse entendimento, lembre-se que o TCU tem fixado prazo aos Tribunais Regionais Eleitorais para tornarem sem efeito os atos de nomeação dos servidores ocupantes de cargo em comissão/função comissionada, quando estes violem o disposto no art. 10 da Lei n. 9.421/1996 (v.g. Decisão n. 1.587/2002 – Plenário – TCU e Acórdão 692/2003 – Plenário – TCU).

6. Descabida, também, é a tese de que a servidora possui o direito de responder por seus atos perante o TRT/ES, pois, uma vez configurado o dano ao erário, consistente no pagamento à Assessora do Juiz sem a devida contraprestação laboral, o TCU tem o dever constitucional e legal de apurar o fato, quantificar o dano e identificar os responsáveis, promovendo a reparação dos prejuízos e a apenação dos responsáveis (arts. 70, parágrafo único, e 71, II e VIII, da CF e art. 8º da Lei n. 8.443/1992).

(...).²⁵¹ (destaques nossos)

Por fim, insta notar que as normas previstas pelos arts. 70 a 74 da Lei Maior aplicam-se, no que for cabível, “à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios”. É exatamente o que prevê o art. 75 da Constituição Federal.

²⁵¹ TCU, Plenário, Processo 012.247/1999-5, Rel. Min. Marcos Bemquerer, DOU 06/02/2004.

4.2 Alcance do controle a ser realizado pelo Poder Judiciário

Compete ao Poder Judiciário o dever de resguardar a observância da ordem jurídica, sobretudo da Constituição Federal.

De acordo com Elival da Silva Ramos, a discricionariedade, que está fortemente vinculada ao princípio da separação dos poderes, importa na contenção do controle jurisdicional em benefício do Poder Legislativo ou da Administração Pública em face da inexistência de limitação normativa ou em razão do entendimento de que as normas existentes não autorizam o Poder Judiciário a impor certo padrão de conduta em substituição àquele adotado pelo Poder controlado.²⁵²

Conforme já visto, o limite da discricionariedade administrativa é a legalidade em sentido amplo (que compreende a lei em sentido formal e também todos os princípios do ordenamento jurídico).

O controle a ser exercido pelo Poder Judiciário, sempre limitado aos parâmetros objetivamente extraídos do ordenamento jurídico, abarca, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, os seguintes pressupostos do ato praticado no exercício de competência discricionária: motivo (pressuposto fático que autoriza ou exige a prática do ato); finalidade (bem jurídico almejado pelo ato); e causa (correlação lógica entre o motivo e o conteúdo em função da finalidade tipológica do ato). Explica o autor:

Apoderado o sentido das palavras legais e do próprio espírito que lhes anima o enunciado, em trabalho que se aprofunda até o ponto em que surjam dúvidas ou imprecisões *inelimináveis totalmente*, o Judiciário estabelece o confronto entre o ato administrativo e as imposições que lhe incumbiria atender.

Para tanto coteja os fatos do mundo real, em que se pretende estribada a Administração, com a previsão hipotética deles, a ver se os primeiros *realmente* se subsumem ao enunciado normativo. Além disto, perquire o móvel, a intenção do agente, para aferir seu ajuste à finalidade da lei, posto que a norma não prestigia comportamentos produzidos em desarmonia com os objetivos públicos em geral e com o objetivo público específico correspondente à tipologia do ato exarado.

Por derradeiro: se a lei não expressou o motivo legal justificador do ato, cabe, ainda, ao Judiciário investigar se há ou não correlação

²⁵² RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 128.

lógica entre os suportes materiais do ato e o conteúdo idôneo para o atendimento dos fins que a lei elegeu como perseguíveis no caso.²⁵³
(destaques no original)

Saliente-se que os aspectos vinculados de um ato discricionário (como a competência e o fim) estão plenamente sujeitos ao controle judicial, uma vez que neles não há nenhuma margem de liberdade para o agente público prevista pela legislação. Todavia, ao Poder Judiciário não é permitido invadir o espaço de livre decisão conferido, pela lei, à Administração, sob pena de substituir por critérios próprios de eleição “a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode apreciar diante de cada caso concreto”.²⁵⁴

Lúcia Valle Figueiredo, partindo da premissa de que a justificativa para a competência discricionária é garantir a concretização das finalidades eleitas pelo ordenamento jurídico, apregoa que “o controle jurisdicional deve ir até o ponto em que remanesce dúvida ineliminável”.²⁵⁵

Ainda no que concerne aos limites impostos ao Poder Judiciário em matéria de controle de atos discricionários, relevante também trazer à colação julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que reconhecem que o controle judicial deve ser restrito à análise da legalidade, *in verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR. ATO DE REDISTRIBUIÇÃO. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. I – O ato de redistribuição de servidor público é instrumento de política de pessoal da Administração, que deve ser realizada no estrito interesse do serviço, levando em conta a conveniência e oportunidade da transferência do servidor para as novas atividades. II – O controle judicial dos atos administrativos discricionários deve-se limitar ao exame de sua legalidade, eximindo-se o Judiciário de adentrar na análise de mérito do ato impugnado. Precedentes. Segurança denegada.²⁵⁶ (destacamos)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. 1. DECADÊNCIA. 2. CANDIDATO APROVADO ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS

²⁵³ *Curso de direito administrativo cit.*, p. 954.

²⁵⁴ DI PIETRO, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988 cit.*, p. 133.

²⁵⁵ *Curso de direito administrativo cit.*, p. 220.

²⁵⁶ STJ, 3ª Seção, MS 12.629/DF, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 24/09/2007, p. 244.

PREVISTOS EM EDITAL. AUSÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. 3. DISCUSSÃO SOBRE O PRAZO DE VALIDADE E SOBRE A PRORROGAÇÃO DO CONCURSO. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. 4. NÃO OCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE OU DE ABUSIVIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME PELO PODER JUDICIÁRIO. PRECEDENTES. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.²⁵⁷

Do quanto exposto, resta claro que, com fulcro no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal,²⁵⁸ o Poder Judiciário, desde que provocado (princípio da inércia da jurisdição), realiza o controle em relação à legalidade em sentido amplo (conformidade do ato com as regras e os princípios que compõem o ordenamento jurídico), porém não lhe é permitido devassar o mérito administrativo propriamente dito,²⁵⁹ sob pena de ofensa à separação dos poderes prevista pelo art. 2º da Lei Maior.²⁶⁰ O Judiciário apenas examina o mérito em relação ao que for necessário para nele identificar eventual exorbitância,²⁶¹ que redundará, então, em ilegalidade.

Importante ressaltar que o Poder Judiciário analisa a correção do ato à luz do ordenamento jurídico, não lhe competindo substituir a avaliação feita pelo administrador pelo seu próprio juízo. De fato, constatada ilegalidade no ato discricionário, deverá tal ato ser anulado pelo juiz, hipótese em que caberá à Administração praticar novo ato em plena observância aos princípios e às regras jurídicas.

²⁵⁷ STF, 2ª Turma, RMS 28.911/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe-237 04/12/2012.

²⁵⁸ Art. 5º, XXXV, da CF: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

²⁵⁹ Hely Lopes Meirelles ressalta que não há que se falar em mérito nos atos vinculados, mas apenas nos atos discricionários. Segundo tal autor, o mérito administrativo consubstancia-se “na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar” (op. cit., p. 138). Já Celso Antônio Bandeira de Mello define o mérito do ato como “o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas será a única adequada” (*Curso de direito administrativo* cit., p. 928-929). Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por sua vez, apregoa que o mérito “só existirá como resultado do exercício da discricionariedade, como definição da oportunidade e da conveniência, respectivamente, na função de integrar os elementos motivo e objeto” (op. cit., p. 48, destaques no original).

²⁶⁰ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

²⁶¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 86.

Conforme já afirmado anteriormente, por meio da motivação, o Poder Judiciário poderá avaliar a legitimidade do ato.

Em relação especificamente aos cargos de provimento em comissão, o Judiciário, instado a se manifestar, deverá examinar se a escolha do titular e sua subsequente nomeação atenderam aos parâmetros legais (previstos, sobretudo, na lei que cria o cargo comissionado) e aos princípios jurídicos aplicáveis à espécie. Caso a nomeação implique violação da lei ou de princípios que norteiam a atuação da Administração Pública, o ato será passível de anulação.²⁶²

Cumprido notar que, apesar de ser desnecessária a indicação pela autoridade pública dos motivos da nomeação ou da exoneração do servidor comissionado (em razão da liberdade conferida pelo art. 37, II, da CF), caso sejam declinados os motivos do ato (fatos que embasaram a decisão), ele somente será válido se tais motivos forem reais, verdadeiros.²⁶³ Assim, nessas situações, demonstrada a inexistência ou a falsidade dos motivos indicados, o ato caracteriza-se como inválido e, portanto, poderá ser anulado pelo Poder Judiciário.

²⁶² Interessante transcrever o entendimento adotado em acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região acerca do alcance do exame a ser realizado pelo Poder Judiciário em caso de nomeação ou exoneração referente a cargo de provimento em comissão, *in verbis*:

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR. CARGO EM COMISSÃO. EXONERAÇÃO. DESVIO DE FINALIDADE OU ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADOS. SINDICABILIDADE JUDICIAL. INCABIMENTO. AGRAVO IMPROVIDO. Ação cautelar ajuizada por titulares de cargo em comissão (assessores de juiz) no TRT da 7ª Região (CE) visando a impedir a sua exoneração pelo Presidente daquela Corte, enquanto o Juiz titular do Gabinete se encontrasse convocado pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST. A Constituição Federal assegura ampla discricionariedade à Administração Pública para a nomeação e exoneração dos titulares de cargos em comissão, na forma do inciso II, do art. 37. Nesse sentido, não cabe ao Poder Judiciário avaliar a conveniência e a oportunidade da nomeação ou da exoneração, salvo se a discricionariedade for utilizada para camuflar qualquer violação da lei ou os princípios que regem a atividade administrativa. Precedentes do STJ. A sindicabilidade judicial do ato de exoneração dos agravados dependeria da demonstração prévia de que tal ato fora praticado com desvio de finalidade ou em contrariedade ao ordenamento jurídico, o que não se pode concluir a partir dos elementos constantes dos autos, especialmente porque a exoneração sequer chegou a ocorrer. Agravo de instrumento provido” (TRF 5ª Região, 1ª Turma, AG 20030500042745, Rel. Des. federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, DJ 30/11/2004, p. 526), destaques nossos.

²⁶³ Trata-se da denominada teoria dos motivos determinantes. Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que, segundo a mencionada teoria, “os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de ‘motivos de fato’ falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorrerem e o justificavam” (*Curso de direito administrativo* cit., p. 386).

4.3 Hipóteses de ilegalidade do ato de nomeação

O provimento de cargo em comissão, ato de natureza administrativa, deve ser realizado em conformidade com a lei e com os princípios jurídicos aplicáveis à Administração Pública.

Na hipótese de a lei que cria determinado cargo de provimento em comissão estabelecer requisitos a serem preenchidos pelo seu titular ou vedações a determinadas pessoas (parentes da autoridade nomeante, por exemplo), a nomeação deverá atender à previsão legal, sob pena de ilegalidade do ato.²⁶⁴

Haverá também ilegalidade nas hipóteses de a nomeação não observar a forma legal²⁶⁵ ou ser realizada por autoridade incompetente.

A nomeação deve, ainda, ser realizada com observância aos princípios que regem a atuação da Administração, em especial aqueles expressamente arrolados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Caso contrário, restará caracterizada a ilegalidade (em sentido amplo) do ato de nomeação.

A escolha de titular de cargo em comissão que seja realizada com base em interesses particulares da autoridade nomeante, como nos casos de favoritismos ou perseguições, implicará ofensa ao princípio da impessoalidade.

A nomeação de parentes para cargos de provimento em comissão (prática conhecida como nepotismo) é comumente rechaçada, independentemente de vedação expressa em lei, sob a alegação de ofensa ao princípio da moralidade,

²⁶⁴ Acerca do descumprimento de restrição imposta por lei à nomeação de parentes, Emerson Garcia ressalta que, além da violação ao princípio da legalidade, há indício da prática de ato de improbidade administrativa. De acordo com o autor: “Existindo vedação legal e sendo ela descumprida, ter-se-ão a violação ao princípio da legalidade e, *ipso iure*, um relevante indício da prática do ato de improbidade previsto no art. 11 da Lei 8.429/92. Neste caso, tem-se um impedimento legal ao exercício da função pública, o qual, apesar de restringir a esfera jurídica dos parentes do agente público, em nada compromete a isonomia que deve existir entre estes e os demais, isto porque a restrição é razoável e pontual, evitando que os laços de afinidade terminem por preterir outros pretendentes quiçá melhor preparados” (GARCIA, Emerson. O nepotismo. *Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 15, mar. 2003, p. 3).

²⁶⁵ Vale registrar, todavia, que já decidiu o Supremo Tribunal Federal que irregularidades formais, sanadas por outro meio ou irrelevantes por sua natureza, não justificam a anulação de atos que originam direitos a terceiros (STF, 3ª Turma, RMS 9.545/SC, Rel. Min. Prado Kelly, DJ 24/06/1966).

como veremos nos tópicos a seguir. A título ilustrativo, interessante, nesta oportunidade, trazer à colação os seguintes julgados oriundos do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PEDIDO DE CONDENAÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NEPOTISMO. ILEGALIDADE. NOMEAÇÃO. ANULAÇÃO. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. SÚMULA 256/STF. PEDIDO IMPLÍCITO. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. INOCORRÊNCIA. 1. (...) 3. Decorre do art. 37, *caput*, da Constituição restrição de preenchimento de cargos públicos em comissão por cônjuges e parentes de servidores públicos, prática conhecida por "nepotismo". 4. Consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, "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" (MS 2.3780/MA, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, Pleno, DJ de 03/03/2006). Entendimento posteriormente consagrado na Súmula Vinculante n. 13 do STF. 5. Ilegalidade da nomeação da Apelante para o cargo em comissão de Diretora de Secretaria do TRT da 14ª Região, em virtude de parentesco com juízes daquela Corte (irmão e filho). 6. (...) 8. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.²⁶⁶ (destacamos)

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. NEPOSTISMO CRUZADO. ORDEM DENEGADA. Reconhecida a competência do Tribunal de Contas da União para a verificação da legalidade do ato praticado pelo impetrante, nos termos dos artigos 71, VIII e IX da Constituição Federal. Procedimento instaurado no TCU a partir de encaminhamento de autos de procedimento administrativo concluído pelo Ministério Público Federal no Estado do Espírito Santo. No mérito, configurada a prática de nepotismo cruzado, tendo em vista que a assessora nomeada pelo impetrante para exercer cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, sediado em Vitória-ES, é nora do magistrado que nomeou a esposa do impetrante para cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, sediado no Rio de Janeiro-RJ. A nomeação para o cargo de assessor do impetrante é ato formalmente lícito. Contudo, no momento em que é apurada a finalidade contrária ao interesse público, qual seja, uma troca de favores entre membros do Judiciário, o ato deve ser invalidado, por violação ao princípio da moralidade administrativa e por estar caracterizada a sua ilegalidade, por desvio de finalidade. Ordem denegada. Decisão unânime.²⁶⁷ (destaques nossos)

²⁶⁶ TRF 1ª Região, 5ª Turma, AC 199941000012525, Rel. Des. federal João Batista Moreira, e-DJF1 30/07/2010, p. 89.

²⁶⁷ STF, 2ª Turma, MS 24.020/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 13/06/2012.

Haverá ofensa ao princípio da eficiência caso seja nomeada para ocupar cargo de provimento em comissão pessoa que não reúna os predicados necessários ao adequado exercício das atribuições inerentes ao cargo.

Em todos os casos acima mencionados, os vícios são atinentes à legalidade, e não dizem respeito ao mérito do ato administrativo.

Diante da configuração da ilegalidade, será cabível a anulação do ato de nomeação, cujas consequências serão vistas no item 4.6 adiante.

4.4 Nepotismo

A palavra nepotismo decorre da composição dos termos *nepote* (de origem no latim, com significado de sobrinho ou descendente) e *ismo* (sufixo grego, que significa sistema, crença²⁶⁸).

A etimologia indica que a palavra nepotismo teve origem na Itália, fazendo referência à prática papal de nomear sobrinhos ou outros parentes para ocuparem posições relevantes no âmbito eclesiástico.²⁶⁹

O significado originário de nepotismo foi estendido para, então, referir-se ao ato de nomeação de parentes, independentemente de suas qualificações, por aquele que detém poder. Tal prática traz a ideia de favorecimento.²⁷⁰

²⁶⁸ O sufixo grego “ismo” “significa sistema, crença, partido; é extremamente fértil na criação de neologismos, maxime, na esfera política” (DAMIÃO, Regina Toledo; HENRIQUES, Antonio. *Curso de português jurídico*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 258).

²⁶⁹ De acordo com Rodrigo Andreotti Musetti, a palavra nepotismo fazia alusão à “excessiva autoridade que os sobrinhos e outros parentes dos Papas exerceram na administração eclesiástica. Era um tipo de acusação dirigida contra os Papas do Renascimento (de Sisto IV a Paulo III) que nomeavam sobrinhos (*nipoti*) e outros parentes para posições clericais e administrativas de importância (*autorità eccessiva che i nipoti e gli altri parenti de papi hanno talvolta esercitato nell’amministrazione degli affari di Roma*). Em decorrência do sentido italiano atribuído à palavra nepotismo, fontes clássicas indicam que a palavra nepotismo veio do baixo-latim eclesiástico: *nepote*, que significaria sobrinho do Papa. Deste modo, conforme atuais fontes clássicas, nepotismo significa a prática adotada pelos Papas dos séculos XV e XVI em favorecer, sistematicamente, suas famílias (sobrinhos e outros parentes) com títulos (cargos de autoridade) e doações (presentes materiais)” (MUSETTI, Rodrigo Andreotti. O nepotismo legal e moral nos cargos em comissão da administração pública. *Universo Jurídico*, Juiz de Fora, ano XI, 19 de março de 2001. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/786/o_nepotismo_legal_e_moral_nos_cargos_em_comissao_d_a_administracao_publica>. Acesso em: 16 maio 2013).

²⁷⁰ No Dicionário Aurélio da língua portuguesa, nepotismo é definido como “1. Autoridade que os sobrinhos e outros parentes do Papa exerciam na administração eclesiástica. 2. Favoritismo,

O nepotismo, tal como o clientelismo,²⁷¹ são apontados como inerentes ao patrimonialismo (modelo de administração pública caracterizado pela confusão entre as esferas pública e privada) e, frequentemente, são associados à corrupção²⁷².²⁷³ A esse respeito, interessante trazer à colação trechos extraídos do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado acerca da Administração Pública patrimonialista, *in verbis*:

No patrimonialismo, o aparelho do Estado funciona como uma extensão do poder do soberano, e os seus auxiliares, servidores, possuem *status* de nobreza real. Os cargos são considerados prebendas. A *res publica* não é diferenciada das *res principis*. Em consequência, a corrupção e o nepotismo são inerentes a esse tipo de administração.²⁷⁴ (destaques nossos)

patronato” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 1403).

²⁷¹ Segundo José Murilo de Carvalho, o conceito de clientelismo indica, de modo geral, “um tipo de relação entre atores políticos que envolve concessão de benefícios públicos, na forma de empregos, benefícios fiscais, isenções, em troca de apoio político, sobretudo na forma de voto” (CARVALHO, José Murilo de. *Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual*. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 2, 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581997000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 maio 2013). Já para Norberto Bobbio, uma das formas do clientelismo é aquela atinente aos “políticos de profissão, os quais oferecem, em troca de legitimação e apoio (consenso eleitoral), toda a sorte de ajuda pública que têm ao seu alcance (cargos e empregos públicos, financiamentos, autorizações, etc.)” (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. 13. ed., 5ª reimp. Brasília: UnB, 2010. p. 178).

²⁷² Para Luiz Alberto dos Santos e Regina Luna dos Santos Cardoso, “o senso comum associa corrupção a um ato ilegal, em que dois agentes – um corrupto e um corruptor – travam uma relação que pode ser considerada imoral, contrária ao ordenamento jurídico e aos costumes. De todos os sentidos que podemos encontrar para o termo, parece haver um denominador comum: o ato sugere interação de pelo menos dois indivíduos ou grupos de indivíduos que corrompem ou são corrompidos e esta interação implica transferência de rendas ou favores que se dão fora das regras do jogo econômico e do ordenamento jurídico daquela sociedade” (SANTOS, Luiz Alberto dos; SOUZA, Regina Luna Santos de. *Corrupção, nepotismo e gestão predatória: um estudo do caso brasileiro e alternativas para seu enfrentamento*. In: XVIII Concurso del CLAD sobre Reforma del Estado y Modernización de la Administración Pública “Cómo combatir la corrupción, garantizar la transparencia y rescatar la ética en la gestión gubernamental en Iberoamérica”, Caracas, 2004-2005, p. 83. Disponível em: <http://www.clad.org/siare_isis/fulltext/0052003.pdf>. Acesso em: 17 maio 2013).

²⁷³ Para Norberto Bobbio, o nepotismo é uma das três formas de corrupção. De acordo com o autor, corrupção é “o fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensa. Corrupto é, portanto, o comportamento ilegal de quem desempenha um papel na estrutura estadual. Podemos distinguir três tipos de Corrupção: a prática da peita ou uso da recompensa escondida para mudar a seu favor o sentir de um funcionário público; o nepotismo, ou concessão de empregos ou contratos públicos baseada não no mérito, mas nas relações de parentela; o peculato por desvio ou apropriação e destinação de fundos públicos ao uso privado” (op. cit., p. 291).

²⁷⁴ MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO (MARE). *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República. Imprensa Oficial, set. 1995.

No mesmo sentido, Luiz Alberto dos Santos e Regina Luna dos Santos Cardoso apregoam que nepotismo e clientelismo são expressões típicas do patrimonialismo e “andam de mãos dadas, convertendo o acesso aos cargos e empregos públicos em moeda de troca e fator de coesão e legitimação dos detentores do Poder”.²⁷⁵

Acredita-se que a prática do nepotismo, em relação ao Brasil, remonta à época do seu descobrimento. Isso em razão do teor da “Carta do Achamento”, que, em passagem final do seu texto, revela que Pero Vaz de Caminha solicitou ao Rei de Portugal favorecimento ao seu genro. Cite-se o teor da citada Carta:

(...)

E pois que, Senhor, é certo que, assim neste cargo que levo, com 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 graça especial, mande vir da ilha de São Tome a Jorge de Osório, meu genro – o que d' Ela receberei em muita mercê.

Beijo as mãos de Vossa Alteza.

Deste Porto Seguro, da vossa Ilha da Vera Cruz, hoje, sexta-feira, primeiro dia de maio de 1500.²⁷⁶

Herdada de Portugal e perpetuada ao longo do desenvolvimento do nosso País, a prática do nepotismo é vista pela sociedade brasileira de forma extremamente pejorativa e relacionada às ideias de falta de capacitação do servidor, ilegitimidade da posse do cargo e forma de obtenção de vantagem indevida.

Vale notar que a configuração do nepotismo demanda a existência de dois pressupostos: (a) um agente público que, em razão de sua posição de superioridade hierárquica, tenha competência para nomear ou designar alguém para ocupar determinado cargo de provimento em comissão ou função de confiança; (b) o favorecimento de um parente da autoridade pública.

A Constituição Federal de 1988, assim como as anteriores, nada dispuseram acerca da nomeação de parentes pelas autoridades públicas. Todavia, cumpre

Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2013, p. 15.

²⁷⁵ SANTOS, Luiz Alberto dos; SOUZA, Regina Luna Santos de. Op. cit., p. 87.

²⁷⁶ Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/brasil-colonia-documentos-1-carta-de-achamento-do-brasil.htm>>. Acesso em: 17 maio 2013.

registrar que tramita no Congresso Nacional, desde março de 1996, a Proposta de Emenda Constitucional n. 334, que “veda a nomeação de parentes de autoridades para cargos em comissão e funções de confiança”.²⁷⁷

No âmbito infraconstitucional, por sua vez, alguns dispositivos legais trataram da matéria, como o art. 117, VIII, da Lei federal n. 8.112/1990 (proíbe ao servidor manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil); art. 51 da Lei Complementar n. 73/1993²⁷⁸; art. 293 da Lei Complementar n. 75/1993²⁷⁹; art. 5º da Lei n. 11.415/2006²⁸⁰ e art. 6º da Lei n. 11.416/2006.²⁸¹

Já o Decreto federal n. 6.906, de 21/07/2009, estabelece, com a finalidade de identificar e coibir a prática de nepotismo, a obrigatoriedade de prestação de informações sobre vínculos familiares pelos Ministros de Estado, ocupantes de cargos de natureza especial ou cargos “do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores”.

Ainda acerca do tratamento normativo dispensado ao nepotismo, merece também menção a Resolução n. 7, de 18 de outubro de 2005, editada pelo Conselho

²⁷⁷ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14712>>. Acesso em: 17 maio 2013.

²⁷⁸ Trata-se da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União. Nos termos do seu art. 51: “Aos titulares de cargos de confiança, sejam de natureza especial ou em comissão, da Advocacia-Geral da União, assim como aos membros efetivos desta é vedado manter, sob sua chefia imediata, parente consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o segundo grau, bem assim como cônjuge ou companheiro”.

²⁷⁹ A referida Lei dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Eis o teor do seu art. 293: “Ao membro ou servidor do Ministério Público da União é vedado manter, sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro, ou parente até o segundo grau civil”.

²⁸⁰ O art. 5º da mencionada Lei (a qual dispõe sobre as carreiras dos servidores do Ministério Público da União) assim estatui: “Art. 5º No âmbito do Ministério Público da União é vedada a nomeação ou designação, para cargo em comissão, de cônjuge, companheiro(a), parente ou afim, em linha reta ou colateral, até o 3º (terceiro) grau, dos respectivos membros, salvo de servidor ocupante de cargo de provimento efetivo das Carreiras dos Servidores do Ministério Público da União, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para o exercício perante o membro ou servidor determinante da incompatibilidade, situação que se aplica à função de confiança”.

²⁸¹ A mencionada Lei dispõe sobre as Carreiras dos Servidores do Poder Judiciário da União. O seu art. 6º assim prevê: “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 juizes 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”.

Nacional de Justiça com fulcro no art. 103-B, § 4º, I e II, da Constituição Federal.²⁸²

Cite-se o teor da mencionada Resolução, que alcançou o Poder Judiciário da União e dos Estados, já com as posteriores alterações realizadas pelas Resoluções n. 9/2005 e n. 21/2006:

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 outras:

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, 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

²⁸² Resolução publicada no *DJ* n. 218/2005, de 14/11/2005, p. 117.

subordinado ao magistrado ou servidor determinante da incompatibilidade. (Redação dada pela Resolução n. 21/2006)

§ 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 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. (Redação dada pela Resolução n. 09/2005).

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.

Insta ressaltar que a vedação prevista pela supracitada Resolução não se aplica nas hipóteses em que as nomeações recaem sobre parentes que ocupam cargos de provimento efetivo em razão de aprovação em concurso público (art. 2º, § 1º). Porém, em tais casos, esses servidores não podem servir subordinados diretamente ao magistrado ou à autoridade com a qual possuam relação de parentesco. Consoante pondera José dos Santos Carvalho Filho, a norma proibitiva “pretende alcançar, isto sim, parentes que sequer integram os quadros funcionais, propiciando seu ingresso nestes, portanto, sem concurso público”.²⁸³

²⁸³ *Manual de direito administrativo cit.*, p. 23.

Na mesma linha, a Resolução n. 1, de 7 de novembro de 2005, do Conselho Nacional do Ministério Público,²⁸⁴ partindo da premissa de que o “nepotismo é conduta nefasta que viola flagrantemente os princípios maiores da Administração Pública”, vedou a nomeação ou designação para os cargos em comissão e para as funções comissionadas de cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros (art. 1º). A matéria foi tratada também pela Resolução n. 37, de 28 de abril de 2009, do CNMP.²⁸⁵

Vale notar que a Resolução n. 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça foi objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12, sendo certo que, em julgamento realizado em 16/02/2006, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos,²⁸⁶ deferiu a medida liminar, consoante trechos do acórdão a seguir transcrito:

(...)

O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04. Noutra giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo *caput* do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se trata, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que

²⁸⁴ Publicada no *DOU* de 14/11/2005, Seção 2, p. 76.

²⁸⁵ Altera as Resoluções CNMP n. 1/2005, n. 7/2006 e n. 21/2007, considerando o disposto na Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal. A Resolução n. 37/2009 foi publicada no *DJ* de 18/05/2009, p. 3.

²⁸⁶ Restaram vencidos os Ministros Menezes Direito e Marco Aurélio. O Ministro Menezes Direito entendeu não ser necessária a interpretação conforme para que fossem incluídos à disciplina da Resolução n. 7 os cargos de chefia. Nas palavras do Ministro: “A resolução como está redigida tem um alcance sistemático extremamente ampliado e, ao meu sentir, alcança, até pela natureza mesmo da expressão constitucional no que diz com os cargos em comissão, que se diferenciam até mesmo daquelas funções gratificadas, que são cargos de direção e assessoramento superior, portanto, inclui necessariamente os cargos de chefia”. Também o Ministro Marco Aurélio concluiu pela constitucionalidade da Resolução, “sem qualquer acréscimo, sem interpretação conforme”.

o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público. O modelo normativo em exame não é suscetível de ofender a pureza do princípio da separação dos Poderes e até mesmo do princípio federativo. Primeiro, pela consideração de que 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; segundo, porque ele, 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. Medida liminar deferida para, com efeito vinculante: a) emprestar interpretação conforme para incluir o termo "chefia" nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco b) suspender, até o exame de mérito desta ADC, o julgamento dos processos que tenham por objeto questionar a constitucionalidade da Resolução n. 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça; c) obstar que juízes e Tribunais venham a proferir decisões que impeçam ou afastem a aplicabilidade da mesma Resolução n. 07/2005, do CNJ e d) suspender, com eficácia *ex tunc*, os efeitos daquelas decisões que, já proferidas, determinaram o afastamento da sobredita aplicação.²⁸⁷

Em julgamento ocorrido em 20/08/2008, a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12 foi julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal 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 n. 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça”.²⁸⁸

Já em Sessão Plenária realizada em 21/08/2008, o Supremo Tribunal Federal aprovou o teor da Súmula Vinculante n. 13, da qual trataremos a seguir.

4.5 A Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal

Antes de tratarmos especificamente do tema objeto deste tópico, relevante tecer algumas ponderações preliminares acerca das súmulas vinculantes, bem como

²⁸⁷ STF, Tribunal Pleno, Medida Cautelar na ADC 12/DF, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 01/09/2006, p. 15.

²⁸⁸ STF, Tribunal Pleno, ADC 12/DF, Rel. Min. Carlos Britto, DJe 18/12/2009.

analisar os precedentes jurisprudenciais que justificaram a edição do enunciado da Súmula 13.

A Emenda Constitucional n. 45, de 30/12/2004, acresceu à Constituição Federal o art. 103-A, o qual autoriza o Supremo Tribunal Federal a aprovar súmula com efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a Administração Pública direta e indireta. Eis o teor do mencionado dispositivo constitucional:

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.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

A Lei n. 11.417, de 19/12/2006, regulamentou o supracitado dispositivo constitucional. A instituição da súmula vinculante teve por objetivos uniformizar o entendimento em matéria constitucional e, por consequências, prestigiar a segurança jurídica e diminuir os conflitos levados ao Poder Judiciário. Registre-se que o alcance dado à realização da súmula ultrapassa o âmbito de validade e interpretação da Constituição e das leis (em face da Lei Maior) para alcançar a eficácia de atos normativos.²⁸⁹

²⁸⁹ Esses são os ensinamentos de André Ramos Tavares. Conforme esclarece o autor, “acresceu-se a possibilidade de (i) dispor sobre a eficácia, e (ii) ter como objeto qualquer ato normativo, e não apenas a lei ou a Constituição”. Ainda segundo o doutrinador, a súmula poderá ter por objeto normas

Elival da Silva Ramos destaca a natureza normativa da súmula vinculante, no sentido de que é ela “antes um ato de criação do que de aplicação do direito”.²⁹⁰ Para Marco Antonio Botto Muscari, a súmula vinculante “é mais do que a jurisprudência e menos do que a lei; situa-se a meio-caminho entre uma e outra”. Explica o autor:

Com a jurisprudência guarda similitude pelo fato de provir do Judiciário e de estar sempre relacionada a casos concretos que lhe dão origem. Assemelha-se à lei pelos traços da obrigatoriedade e da destinação geral, a tantos quantos subordinados ao ordenamento jurídico pátrio. É um *tertium genus*, portanto.²⁹¹

Vale ressaltar que a súmula vinculante não obriga o Poder Legislativo. Portanto, é possível que seja editada lei contrária ao enunciado de uma súmula vinculante. Nesse sentido, André Ramos Tavares observa que:

(...) poderá haver a edição de lei com conteúdo exatamente idêntico ao de outra objeto de súmula que lhe atrelava a nota da inconstitucionalidade, por exemplo, ou que lhe atribuía eficácia diversa da nova previsão. Nessas situações, consideradas legítimas pela sistemática adotada para a extensão dos efeitos da própria súmula, pode-se considerar que o Legislativo estará a reabrir (uma espécie de legitimidade indireta) a discussão anteriormente encerrada pela edição da súmula vinculante.²⁹²

Até os dias atuais, foram editadas pelo Supremo Tribunal Federal 32 (trinta e duas) súmulas vinculantes.²⁹³

Vejamos, a partir de então, as decisões que justificaram a edição da Súmula Vinculante n. 13.

federais, estaduais, distritais e municipais, “desde que atendidos os demais requisitos constitucionais de elaboração de súmula vinculante, e desde que não seja uma matéria exclusivamente infraconstitucional (a necessidade de um ‘elemento de conexão’ constitucional é expressa)” (TAVARES, André Ramos. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007. p. 42).

²⁹⁰ RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 295.

²⁹¹ MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula vinculante*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 53.

²⁹² TAVARES, André Ramos. Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público RBDP*, Belo Horizonte, n. 12, ano 4, p. 5, jan./mar. 2006.

²⁹³ Conforme pesquisa realizada no sítio eletrônico <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 20 maio 2013.

Em medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.521/RS, que tinha por objeto artigos da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, entre os quais, um dispositivo que veiculava restrição de nomeação de parentes para cargos em comissão nos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), o então Ministro Relator Marco Aurélio manifestou entendimento no sentido de que:

Com a Emenda Constitucional n. 12 à Carta do Rio Grande do Sul, rendeu-se homenagem aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da isonomia e do concurso público obrigatório, em sua acepção maior. Enfim, atuou-se na preservação da própria *res pública*. A vedação de contratação de parentes para cargos comissionados (...) a fim de prestarem serviços justamente onde o integrante familiar despontou e assumiu cargo de grande prestígio, mostra-se como procedimento inibidor da prática de atos da maior repercussão.

(...) o tema tratado é merecedor da inserção na Lei Maior do Estado, porque implícitas as diretrizes básicas da Carta Federal. Se de um lado não consta desta preceito semelhante, de outro compõe um grande todo que, interpretado, é conducente a concluir-se, ao menos neste primeiro exame, pela ausência de incompatibilidade.

O acórdão proferido no processo em comento concluiu pelo indeferimento da suspensão cautelar da norma da Constituição estadual que restringia a nomeação de parentes para os cargos de provimento em comissão.²⁹⁴

Já nos autos do Mandado de Segurança n. 23.780, que foi impetrado por servidora pública com o propósito de anular o ato que a exonerou do cargo em comissão, o Supremo Tribunal Federal denegou a segurança pleiteada com fulcro no princípio da moralidade administrativa, inserido no art. 37, *caput*, da Lei Maior. O acórdão restou assim redigido:

²⁹⁴ O citado acórdão foi proferido pelo Tribunal Pleno em julgamento realizado em 12/03/1997, sendo publicado no *DJ* de 17/03/2000. Cite-se o teor da ementa:

“CARGOS DE CONFIANÇA – PARENTESCO – NOMEAÇÃO E EXERCÍCIO – PROIBIÇÃO – EMENDA CONSTITUCIONAL – ADI – LIMINAR. A concessão de liminar pressupõe a relevância do pedido formulado e o risco de manter-se com plena eficácia o preceito. Isso não ocorre quando o dispositivo atacado, de índole constitucional, confere ao tema chamado ‘nepotismo’ tratamento uniforme nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, proibindo o exercício do cargo pelos parentes consanguíneos e afins até o segundo grau, no âmbito de cada Poder, dispondo sobre os procedimentos a serem adotados para cessação das situações existentes. CARGOS – EXTINÇÃO – INICIATIVA – ADI – LIMINAR. Ao primeiro exame, exsurge conflitante com a Carta Política da República, preceito que, embora de índole constitucional, implique extinção de cargos de confiança ocupados à margem das peculiaridades que lhes são próprias. Impõe-se, na espécie, a iniciativa de lei em tal sentido pelo Poder ou Órgão (MP) em que situados” (destaques nossos).

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 16.^a 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.²⁹⁵

Outro precedente do Supremo Tribunal Federal que serviu de base para a edição da Súmula Vinculante n. 13 foi aquele atinente à medida cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12, na qual, conforme já exposto no tópico anterior (item 4.4), firmou-se entendimento de que as restrições impostas pela Resolução n. 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça quanto ao provimento de cargos em comissão e às designações para funções de confiança são as mesmas já impostas pela Constituição Federal de 1988, dedutíveis dos princípios da impessoalidade, eficiência, igualdade e moralidade. Não dependeriam tais restrições, portanto, da edição de lei formal. A fim de melhor elucidar a questão, oportuno trazer à colação trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes na referida ADC 12-MC/DF, *in verbis*:

A indeterminação semântica dos princípios da moralidade e da impessoalidade não pode ser um obstáculo à determinação da regra da proibição do nepotismo. Como bem anota García de Enterría, na estrutura de todo conceito indeterminado é identificável um “núcleo fixo” (*Begriffkern*) ou “zona de certeza”, que é configurada por dados prévios e seguros, dos quais pode ser extraída uma regra aplicável ao caso. A vedação do nepotismo é regra constitucional que está na zona de certeza dos princípios da moralidade e da impessoalidade.

(...)

Nesse sentido, é possível afirmar que não seria necessária uma lei em sentido formal para instituir a proibição do nepotismo, pois ela já decorre do conjunto de princípios constitucionais, dentre os quais têm relevo os princípios da moralidade e da impessoalidade.²⁹⁶

Após, nos autos do Recurso Extraordinário n. 579.951/RN, a Corte Suprema, por unanimidade, julgou parcialmente procedente o recurso interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte que havia entendido que a

²⁹⁵ STF, Tribunal Pleno, MS 23.780/MA, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 03/03/2006, p. 71.

²⁹⁶ Julgamento realizado em 16/02/2006, DJ 01/09/2006.

Resolução n. 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça não se aplicava aos Poderes Executivo e Legislativo e que a vedação à prática de nepotismo no âmbito desses Poderes dependia da edição de lei formal. Diante do provimento parcial do recurso extraordinário, restou anulada a nomeação de servidor ocupante de cargo em comissão que era aparentado com agente político. Na oportunidade, reafirmou o Supremo Tribunal Federal que a vedação do nepotismo não depende da edição de lei formal, haja vista que a proibição decorre diretamente dos princípios elencados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.²⁹⁷ Em seu voto, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski destacou que os princípios constitucionais não são meras recomendações de caráter moral ou ético, e sim “regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e ‘positivamente vinculantes’”. A Ministra Cármen Lúcia, por sua vez, ressaltou que a aplicação imediata dos princípios constitucionais alcança todos os Poderes. Já o Ministro Celso de Mello registrou que:

(...) a repulsa desta Suprema Corte ao nepotismo permitirá obstar a formação de grupos familiares cuja atuação – facilitada pelas nomeações em comissão ou por designações para funções de confiança – acaba, virtualmente, por patrimonializar o poder governamental, convertendo-o, em razão de uma inadmissível inversão dos postulados republicanos, em verdadeira “*res domestica*”, degradando-o, assim, à condição subalterna de instrumento de mera dominação do Estado, vocacionado, não a servir ao interesse público e ao bem comum, mas, antes, a atuar como incompreensível e inaceitável meio de satisfazer conveniências pessoais e de realizar aspirações particulares.

(...)

Concluo o meu voto. E, ao fazê-lo, reafirmo o meu entendimento de que o nepotismo se mostra incompatível com o sistema constitucional, impondo-se, por isso mesmo, a vedação de sua prática a todos os Poderes da República e a todos os níveis em que se estrutura o Estado Federal brasileiro.

Torna-se necessário banir, definitivamente, de nossos costumes administrativos, a prática inaceitável do nepotismo, porque, além de

²⁹⁷ Cite-se o teor do acórdão prolatado:

“ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO 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 de 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” (STF, Tribunal Pleno, RE 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20/08/2008, *DJe* 24/10/2008).

infringente da ética republicana, transgride os postulados constitucionais da igualdade, da impessoalidade, da transparência e da moralidade administrativa.

Ainda a respeito do RE 579.951/RN, interessante também apontar que, no caso concreto em discussão, foi considerada regular a nomeação do irmão de um vereador para o cargo de Secretário Municipal de Saúde, em virtude da natureza política de tal cargo e das circunstâncias que permeavam a situação analisada. Os Ministros diferenciaram os cargos de provimento em comissão daqueles ocupados por agentes políticos. Nesse sentido, passagens da manifestação do Ministro Carlos Britto:

(...) quando o artigo 37 refere-se a cargo em comissão e função de confiança, está tratando de cargos e funções singelamente administrativos, não de cargos políticos. Portanto, os cargos políticos estariam fora do alcance da decisão que tomamos na ADC n. 12, porque o próprio capítulo VII é Da Administração Pública enquanto segmento do Poder Executivo. E sabemos que os cargos políticos, como, por exemplo, os de Secretário Municipal, são de agentes do Poder, fazem parte do Poder Executivo. O cargo não é em comissão, no sentido do artigo 37. Somente os cargos e funções singelamente administrativos – é como penso – são alcançados pela imperiosidade do artigo 37, com seus lapidares princípios. Então, essa distinção me parece importante para, no caso, excluir do âmbito da nossa decisão anterior os Secretários Municipais, que correspondem a Secretários de Estado, no âmbito dos Estados, e Ministros de Estado, no âmbito federal.

(...) – fl. 1.913.

Após esclarecer que os princípios do art. 37 da Lei Maior aplicam-se também aos dirigentes superiores de toda a Administração Pública, o Ministro Carlos Britto, em seu voto, ponderou, ainda, que:

(...) a proibição do nepotismo arranca, decola, deriva diretamente dos princípios do artigo 37, que são princípios extensíveis a toda a Administração Pública de qualquer dos Poderes, de qualquer das pessoas federadas. Tudo isso na vertente, na perspectiva de cargos em comissão e funções de confiança, que têm caráter apenas administrativo, e não caráter político (fls. 1.922 e 1.923).

Com o propósito de uniformizar o entendimento acerca da vedação à prática do nepotismo e vincular a atuação dos demais órgãos do Poder Judiciário e de toda a Administração Pública (direta e indireta, referente a qualquer dos entes federados),

o Supremo Tribunal Federal, partindo do teor da Resolução n. 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça, editou a Súmula Vinculante n. 13, assim redigida:

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.²⁹⁸

Verifica-se, assim, que a Corte Suprema considerou inconstitucional a nomeação, na Administração Pública (direta ou indireta, de qualquer dos Poderes dos entes federados), para cargo em comissão ou função de confiança 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.

Saliente-se que a súmula prevê a expressão “da mesma pessoa jurídica”, o que significa que se impõe a vedação à nomeação de parentes ainda que se trate de órgãos públicos distintos, desde que integrantes da mesma pessoa jurídica.

Portanto, tendo em vista que as entidades integrantes da Administração Pública indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista) possuem personalidade jurídica própria, seria possível que uma autoridade da Administração direta (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios) nomeie (desde que possua competência para tanto), por exemplo, um parente para ocupar cargo em comissão em uma autarquia (caso de nomeação de dirigente de autarquia pelo Chefe do Poder Executivo).

O art. 37 da Constituição Federal não foi mencionado na redação do enunciado, e sim na referência legislativa da súmula em análise. Entendeu o Supremo Tribunal Federal que a prática do nepotismo ofende também princípios outros da Lei Maior. Conforme registrou o Ministro Marco Aurélio por ocasião dos

²⁹⁸ Súmula aprovada na Sessão Plenária de 21/08/2008 e publicada no *DOU* de 29/08/2008, p. 1.

debates atinentes à Súmula Vinculante n. 13, “temos, na Constituição Federal, princípios até mesmo implícitos que conduzem a essa conclusão”.²⁹⁹

A inconstitucionalidade abarca a prática do denominado “nepotismo cruzado”, ou seja, o ajuste entre autoridades com o propósito de designar, de forma recíproca, parentes uma da outra e, assim, afastar a incidência das normas que proíbem a nomeação de familiares.

Importante ressaltar que a súmula em comento apenas abrange os servidores titulares de cargos em comissão e funções de confiança,³⁰⁰ mas não os agentes políticos.³⁰¹ A questão foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento realizado em 16/10/2008, ocasião em que, com base no decidido no já mencionado RE 579.951/RN, restou consignado que os cargos de natureza política, como os de Secretários de Estado, não se submetem à Súmula Vinculante n. 13.³⁰²

Contudo, cumpre destacar que, diferentemente dos demais agentes políticos (como prefeitos, governadores, deputados e senadores, que são investidos no cargo por eleição e não estão submetidos à situação de subordinação hierárquica em relação a outro agente público), os Ministros e Secretários estaduais ou municipais são nomeados para o cargo segundo a escolha dos Chefes do Poder Executivo

²⁹⁹ Debates que integram a Ata da 28ª Sessão Extraordinária, do Plenário do Supremo Tribunal Federal, realizada em 21/08/2008 – debates e aprovação da Súmula Vinculante n. 13, *DJe* n. 214/2008, publicação em 12/11/2008.

³⁰⁰ As diferenças entre cargo de provimento em comissão e função de confiança foram abordadas no capítulo 2, item 2.8, deste trabalho.

³⁰¹ A respeito das diferenças entre os servidores comissionados e os agentes políticos, vide capítulo 2, item 2.6, deste trabalho.

³⁰² Eis a ementa do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal:

“AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR EM RECLAMAÇÃO. NOMEAÇÃO DE IRMÃO DE GOVERNADOR DE ESTADO. CARGO DE SECRETÁRIO DE ESTADO. NEPOTISMO. SÚMULA VINCULANTE N. 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 n. 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” (STF, Tribunal Pleno, Rcl 6.650 MC-AgR/PR, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJe* 21/11/2008), destaques nossos.

(decisão discricionária) e devem respeitar as suas orientações. Estão, portanto, submetidos a um regime jurídico que é, basicamente, o mesmo reservado para os servidores públicos ocupantes de cargos em comissão.³⁰³ Assim sendo, entendemos não haver razão para, em relação aos cargos de Ministro e Secretários municipais ou estaduais, excluir a aplicação da súmula em análise. De fato, não nos parece razoável, por exemplo, que um prefeito seja impedido de nomear um irmão para um cargo em comissão de motorista, mas permitir a nomeação desse mesmo irmão (ou de outro parente até terceiro grau) para o cargo de Secretário municipal. Em ambas as situações, com base nas premissas adotadas pela Súmula Vinculante n. 13, haveria violação à Constituição Federal.

As relações de parentesco alcançadas pela Súmula 13 são as consanguíneas (pessoas que descendem de um mesmo tronco; abrangem os parentes em linha reta ou em linha colateral) ou por afinidade (decorrentes de casamento ou de união estável). A súmula prevê o parentesco até o terceiro grau, inclusive.³⁰⁴

Assim, em relação à autoridade nomeante ou ao servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, a vedação da súmula abrange as seguintes relações de parentesco resultantes de consanguinidade: pais e filhos (parentes de primeiro grau); irmãos, avós e netos (parentes de segundo grau); bisavós, tios, sobrinhos e bisnetos (todos parentes de terceiro grau). Saliente-se que, embora o Código Civil preveja que o parentesco em

³⁰³ Nesse sentido, o entendimento de Marçal Justen Filho, que foi exposto no item 2.6 deste trabalho, ao qual aqui nos reportamos.

³⁰⁴ Vale notar que as relações de parentesco encontram-se disciplinadas pelos arts. 1.591 e seguintes do Código Civil. Cite-se, por relevante, os seguintes artigos do mencionado diploma legal:

“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 consanguinidade 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”.

linha colateral se estende até o quarto grau (art. 1.592), a súmula vinculante em análise limita a restrição à nomeação aos parentes até o terceiro grau. Logo, a título exemplificativo, a nomeação de primo-irmão do agente público nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento não implica desrespeito aos termos da Súmula Vinculante n. 13, por tratar-se de parente de quarto grau.

Já quanto ao parentesco por afinidade, vale notar que o Código Civil o restringe “aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro” (art. 1.595, § 1º). Porém, ao fixar que a vedação ao nepotismo se estende ao parente até terceiro grau, inclusive,³⁰⁵ o Supremo Tribunal Federal extrapola os termos da legislação civil quanto ao parentesco por afinidade.

Antes da edição da Súmula Vinculante n. 13, o tema referente ao grau de parentesco foi debatido pela Corte Suprema por ocasião do julgamento da ADC 12-MC/DF, que, conforme já visto, tinha por objeto a Resolução n. 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça. Na oportunidade, o Ministro Carlos Britto (então Relator), em seu voto, havia manifestado entendimento no sentido de que era necessário restringir o parentesco por afinidade aos termos do previsto pelo Código Civil:

(...) a Resolução n. 7/05, ato normativo que tenho como de natureza primária, podia mesmo fazer do terceiro grau de parentesco consanguíneo um critério de inibição ao “nepotismo”. Impedida estava, no entanto, de criar um novo grau do parentesco, por afinidade, devido a que essa matéria é de caráter civil, reservada pela Constituição à competência do Poder Legislativo Federal. E o fato é que ela (Resolução n. 07/05) distendeu as fronteiras do parentesco para incluir os “parentes de 3º grau” por afinidade, ultrapassando, assim, o instituto do cunhadio. Daí a necessidade de emprestar-se interpretação conforme aos incisos do art. 2º da Resolução n. 07 do CNJ, para restringir o parentesco por afinidade da linha colateral “aos irmãos do cônjuge ou companheiro” (p. 44).

Porém, ponderou o Ministro Nelson Jobim que a questão do parentesco definida pelo Código Civil seria para efeitos civis, ao passo que a ação em debate visava assegurar “a vigência absoluta do princípio da impessoalidade”, que poderia

³⁰⁵ Tio ou sobrinho do cônjuge ou companheiro do agente público.

ser ofendido pela nomeação de parentes por afinidade.³⁰⁶ Nesse mesmo sentido, o Ministro Cezar Peluso consignou que “o problema não é de definir quais são os parentes para efeitos civis, mas definir quais aquelas pessoas que, sob a classe de parentela, tendem a ser escolhidas, não por interesse público, mas por interesse de caráter pessoal”.³⁰⁷

Com isso, após os debates, o Ministro Carlos Britto aditou o seu voto para aceitar o parentesco de terceiro grau por afinidade, que seria apenas um critério de inibição à prática do nepotismo.³⁰⁸

Feitas essas breves ponderações acerca da previsão pela Súmula Vinculante n. 13 de vedação à nomeação de parentes por afinidade até o terceiro grau, cumpre registrar que, se a intenção da súmula era garantir o respeito ao princípio da impessoalidade, não vislumbramos lógica em se permitir, por exemplo, a nomeação de um primo-irmão ou tio-avô de autoridade pública (parentes em linha colateral de quarto grau, nos termos do art. 1.592 do Código Civil), mas ser vedada a nomeação de um tio ou sobrinho do cônjuge ou companheiro do agente público (que, nos termos da legislação civil – art. 1.595, § 1º – nem mesmo guardaria relação de parentesco por afinidade com a autoridade pública). Ademais, o que dizer do art. 117, VIII, da Lei federal n. 8.112/1990? Seria ele inconstitucional por restringir a manutenção de parentes da autoridade sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, apenas até o segundo grau civil?

Neste ponto, cabe indagar: a nomeação de parentes para titularizar cargos em comissão ou função de confiança implica, necessariamente, violação aos princípios elencados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, tal como apregoa a

³⁰⁶ Nas palavras do Ministro Nelson Jobim: “(...) a questão do parentesco definida no Código Civil é para efeitos civis e, aqui, visa-se a vigência absoluta do princípio da impessoalidade. Não teremos a impessoalidade efetiva se deixarmos em aberto – como o Conselho fechou – a possibilidade da nomeação dos chamados parentescos por afinidade; porque a impessoalidade será rompida exatamente por esse caminho.” (p. 62).

³⁰⁷ Página n. 62.

³⁰⁸ Cite-se o teor do Aditamento ao Voto:

“O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) – Senhor Presidente, também é justo. Se Vossas Excelências entendem que a resolução nada mais fez do que transformar o terceiro grau de parentesco num simples critério de inibição, eu concordo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Há uma relação familiar, ainda que, para os efeitos do Código Civil, não seja chamada de parentesco.” (p. 63).

súmula vinculante em comento? Entendemos que não, pelos motivos a seguir aduzidos.

No que tange ao princípio da impessoalidade, tal princípio, conforme já visto, impõe à Administração o dever de atuar em busca do interesse público, pautada por critérios objetivos, imparciais. Ocorre que os cargos de provimento em comissão são exceção à regra do concurso público (que decorre do princípio da impessoalidade) justamente porque a escolha do futuro titular não pode ser realizada com base em parâmetros exclusivamente objetivos, mas, ao contrário, depende de uma análise subjetiva da autoridade nomeante: a existência ou não do elemento confiança³⁰⁹. Assim sendo, a liberdade de nomeação dos ocupantes de cargos em comissão (prevista pelo art. 37, II, da CF) e a confiança exigida para o provimento dessa espécie de cargos acarretam a mitigação do princípio da impessoalidade, o qual, dessa forma, não pode ser invocado como único empecilho à nomeação de parentes.

Sobre o tema, cumpre mencionar o entendimento de Elival da Silva Ramos:

Por si só, contudo, o princípio da impessoalidade não é impeditivo desses provimentos ou designações parentais. Isso porque se há o princípio, há também regra constitucional que, explicitamente, permite aos Chefes de Poder (ou autoridades delegadas) a nomeação por critério de confiança pessoal no nomeado, desde que respeitadas, obviamente, a habilitação exigida por lei para o provimento do cargo em comissão. Ao contrário do provimento mediante concurso, fundado em razões predominantemente objetivas, a nomeação ou designação em confiança é permeada por

³⁰⁹ Confiança significa “1. segurança íntima de procedimento. 2. crédito, fé” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa*. 6. ed. rev. e atual. Curitiba: Positivo, 2004. p. 256). A confiança exigida para o provimento de cargo em comissão está relacionada à identidade de ideias, de planos governamentais, de visão política e refere-se à segurança (que tem a autoridade nomeante) de que o servidor nomeado para determinado cargo em comissão se dedicará a assegurar a implementação, com exatidão, das diretrizes adotadas pelas autoridades superiores. As funções inerentes a essa espécie de cargos públicos não seriam bem desempenhadas por pessoas que não fossem fieis aos planos de atuação traçados pela autoridade nomeante. Destaca-se que, conforme leciona Márcio Cammarosano, os cargos em comissão devem ser ocupados por pessoas de absoluta confiança do chefe do governo, “afinadas com as diretrizes políticas que devem pautar a atividade governamental”; exigem-se delas “não apenas o dever elementar de lealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servirem, comum a todos os funcionários, como também um comprometimento político, uma fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos, uma lealdade pessoal à autoridade superior” (*Provimentos de cargos públicos no direito brasileiro* cit., p. 95). Dessa forma, parece-nos que, justamente em razão do elemento confiança, não há como negar certo aspecto subjetivo no que tange à escolha do futuro servidor comissionado.

elevada dose de subjetividade (na contramão, pois, do princípio da impessoalidade), exercendo a autoridade responsável competência discricionária, o que não a exime de observar a finalidade pública do ato nem tampouco o servidor nomeado ou designado de cumprir com as obrigações legais que o exercício do cargo ou da função lhe impõe.

(...)

A insuficiência do conteúdo prescritivo do princípio da impessoalidade para discutir a matéria atinente às restrições às nomeações e designações em confiança, em virtude de relações de parentesco diretas ou cruzadas, resta patenteada ao se procurar especificar de que limitações se trata. De acordo com o texto sumulado, apenas o parentesco até o terceiro grau, em linha reta, colateral ou por afinidade, relativamente à autoridade nomeante (ou a servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo em comissão), é impeditivo da nomeação ou designação em confiança. Não há razão lógica que justifique, por exemplo, por que a nomeação em comissão de um primo-irmão da autoridade nomeante, por mais próximo que seja, escapa das vedações que o Supremo, como autêntico oráculo dos desígnios da Constituição, conseguiu divisar no princípio da impessoalidade.³¹⁰

Vale acrescentar que, a nosso ver, restaria configurada violação ao princípio da impessoalidade se, entre duas pessoas nomeáveis para cargo de provimento em comissão que igualmente desfrutassem da confiança da autoridade nomeante, fosse nomeado o parente, justamente a pessoa menos capacitada para exercer as atribuições inerentes ao cargo. Nesse caso, parece-nos claro que a escolha teria sido motivada pela intenção de favorecer o familiar, em inobservância não só ao princípio da impessoalidade, mas também ao princípio da eficiência.

Em relação ao princípio da moralidade, da leitura dos precedentes à Súmula Vinculante n. 13, constata-se que o Supremo Tribunal Federal parte do pressuposto de que a moralidade administrativa está vinculada à moral comum da sociedade, ou seja, aquilo que a sociedade entende como correto.³¹¹ Todavia, não nos parece ser

³¹⁰ RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 262-263.

³¹¹ Nesse sentido, cumpre citar trechos do voto do Ministro Joaquim Barbosa na já comentada ADC 12-MC/DF: “O Direito não pode dissociar-se da Moral, isto é, de uma *moral coletiva*, pois ele reflete um conjunto de *crenças e valores* profundamente arraigados, que emanam da *autoridade soberana*, ou seja, do *povo*. Quando, em determinada sociedade, há sinais de dissociação entre esses valores comunitários e certos padrões de conduta de alguns segmentos do aparelho estatal, tem-se *grave sintoma* de anomalia, a requerer a intervenção da justiça constitucional como força intermediadora e corretiva. Para além dos argumentos jurídicos, inúmeros neste caso, é essa função corretiva e restauradora de uma moral coletiva que o STF expressará nesta jornada, caso venha a ser declarada a constitucionalidade da norma do CNJ” (p. 54, destaques no original). Outrossim, importante transcrever passagens do voto do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do RE 579.951/RN: “(...) em se tratando de gestão da *res publica*, como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a atuação

esse o entendimento que melhor reflita o conteúdo do princípio da moralidade previsto pelo *caput* do art. 37 da Constituição Federal. De fato, consoante exposto anteriormente, entendemos que a moralidade administrativa é moralidade jurídica (e não moralidade comum), estando, assim, vinculada diretamente a outros princípios e regras que formam o ordenamento jurídico. Como explicitado por Márcio Cammarosano, não há ofensa à moralidade administrativa se não houver ofensa ao Direito; “a só violação de preceito moral, não juridicizado, não implica invalidade do ato”.³¹² Acerca dos cargos de provimento em comissão, a atual Constituição Federal estabeleceu a liberdade de nomeação (art. 37, II) e, conforme afirmado em tópico anterior (item 4.4), nada previu acerca da vedação de nomeação de parentes pelas autoridades públicas. Diante da ausência de norma (seja constitucional ou infraconstitucional) que impeça a nomeação de parentes, o princípio da moralidade administrativa, por si só, não tem o condão de tornar a conduta ilegal (ilegalidade considerada em sentido amplo, ou seja, conduta ofensiva ao ordenamento jurídico).

A respeito do nepotismo e do princípio da moralidade, interessante mencionar o entendimento de Emerson Garcia, que corrobora o acima exposto, *in verbis*:

(...) a partir do momento em que o Constituinte originário consagrou a existência das funções de confiança e dos cargos em comissão, é tarefa assaz difícil sustentar que os valores que informam a moralidade administrativa, originários das normas que disciplinam o ambiente institucional, não autorizam que o agente nomeie um parente no qual tenha ampla e irrestrita confiança. Note-se que nos referimos à moralidade administrativa, princípio densificado a partir dos *standards* de conduta colhidos no ambiente institucional e inerentes ao bom administrador.

Situação diversa ocorrerá quando a nomeação recair sobre pessoa que seja credora do agente público ou cujos interesses pessoais estiverem diretamente relacionados ao exercício do cargo para o qual fora nomeado, caminhando em norte contrário a ele. Como exemplo, podemos mencionar a nomeação do proprietário da maior rede hospitalar privada do Município para o cargo de Secretário Municipal de Saúde; neste caso, seria do interesse do Secretário o aprimoramento do atendimento nos hospitais públicos? Contribuiria

do administrador, ainda que, em muitos casos, esteja em consonância com o sentido literal da lei, caso se revele ofensiva à moral, aos bons costumes, ao poder-dever de probidade, às ideias de justiça e equidade e ao *senso comum de honestidade*, estará em evidente confronto com o princípio da moralidade administrativa” (destaques nossos, p. 1892).

³¹² O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa cit., p. 114.

ele para o decréscimo de seus próprios lucros? Em situações como essa, entendemos ser patente a violação à moralidade administrativa, o que já não ocorre pelo simples fato de o ocupante do cargo ser parente do agente que o nomeou.³¹³

Ainda em relação ao princípio da moralidade, cumpre transcrever trechos da decisão do Desembargador Ferraz de Arruda, nos autos de agravo de instrumento que tramitou no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *in verbis*:

(...) Nesse passo, é de se perguntar se cabe a interpretação no sentido de que todo ato administrativo que nomeia parente de autoridade pública é imoral.

Depende do exame casuístico do ato administrativo. Por exemplo, se a função de confiança exige conhecimento especializado e a autoridade pública expede ato administrativo de nomeação da própria mulher que é simples dona de casa há um dado objetivo para se constatar a proteção privilegiada. Mas de qualquer forma, a invalidação dessa nomeação caberia também para quem não fosse parente.

Isso significa dizer que o *caput* do artigo 37 se preocupa casuisticamente com o ato jurídico administrativo expedido e não em lançar o estigma generalizado de imoralidade sobre parentes cuja reputação, na maioria dos casos, não se compara nem de longe com a de muitos amigos nomeados. Basta verificar a qualidade moral dos assessores nomeados pelo atual Governo.

A conclusão óbvia, pois, a que se chega é a de que não se pode invalidar nomeações de parentes, sob o fundamento genérico de moralização da administração pública, quando a norma constitucional contida no inciso II, do artigo 37, não estabelece qualquer forma de restrição.

(...)

Em sendo assim, como a Constituição Federal não explicitou a proibição, tem-se que o conceito de moralidade do ato administrativo do *caput* do artigo 37, da Constituição Federal não poderia ter sido empregado como pressuposto lógico formal para tornar imoral o que não é, em si mesmo, imoral. A imoralidade não está, pois, objetivamente no fato de ser parente, mas no uso ilegal desse direito, como, v.g., ganhar sem trabalhar.³¹⁴

Finalmente, no que concerne ao princípio da eficiência, restará este violado não pela simples nomeação de parente da autoridade pública para determinado cargo em comissão ou função de confiança, e sim no caso de esse parente não ser

³¹³ GARCIA, Emerson. Op. cit., p. 2.

³¹⁴ TJSP, 13ª Câmara de Dir. Público, Agravo de Instrumento 0044464-08.2006.8.26.0000, Rel. Des. Ferraz de Arruda, decisão monocrática proferida em 04/04/2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-abr-06/constituicao_nao_proibe_nomear_parente_desembargador>. Acesso em: 24 maio 2013.

devidamente capacitado para o bom exercício das atribuições inerentes ao cargo. Consoante assevera José dos Santos Carvalho Filho, a Súmula Vinculante n. 13 guarda radicalismo e “certamente provocará algumas injustiças, visto que existem parentes ocupando cargos e funções de confiança dotados de eficiência, interesse administrativo e espírito público”.³¹⁵

Poder-se-ia argumentar, em defesa da súmula, que a fiscalização e as exigências destinadas a garantir o bom desempenho das atribuições inerentes ao cargo comissionado ou à função de confiança seriam, eventualmente, abrandadas em razão do interesse particular da autoridade nomeante de manter as fontes de renda da família. Todavia, tal fato não pode ser presumido de antemão e sem a devida análise das especificidades do caso concreto, tampouco tem o condão de, por si, macular o ato de nomeação. Além do mais, a prestação de um serviço de boa qualidade pelo agente público (tal como exige o princípio da eficiência), seja ele parente ou não de autoridade pública, apenas restará assegurada mediante a implementação de periódicas avaliações de desempenho funcional, com base em critérios objetivos (como assiduidade e produtividade do servidor).

O fato é que, em relação aos cargos de provimento em comissão, apenas o exame da situação concreta (análise que deve abranger as razões da nomeação; a qualificação profissional e experiência do nomeado; bem como o atendimento ao interesse público) é que poderá apontar se a nomeação de parentes implica ou não violação aos princípios constitucionais previstos pelo art. 37, *caput*, da Lei Maior, especialmente aos princípios da impessoalidade, da moralidade e da eficiência.

A Súmula Vinculante n. 13 demonstra, sobretudo, uma preocupação da Corte Suprema em atender ao clamor da sociedade (que, conforme já visto, associa o nepotismo à corrupção), mas não resolve o que, a nosso ver, é o principal problema atinente às nomeações para cargos em comissão ou funções de confiança: o merecimento do futuro ocupante do cargo ou da função. Com isso, situações de grave ofensa ao ordenamento jurídico, como nomeação de amigos íntimos ou aliados políticos que não ostentam capacitação mínima para o regular

³¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 24.

exercício das atribuições inerentes ao cargo, acabam por não ser devidamente investigadas e combatidas.

Como observa Ivan Barbosa Rigolin:

(...) investir de forma indiscriminada e generalizante contra todo e qualquer ato de nepotismo, a julgar pelo só que existe até este momento em nosso ordenamento jurídico parece-nos constituir atitude pouco técnica, e perigosamente tendente a um moralismo que nem sempre conduz à técnica, fria, constitucional e, para nós, verdadeira moralidade.³¹⁶

Parece-nos claro que a Súmula Vinculante n. 13 revela a prática de ativismo judicial.

Importante, aqui, fazer um parêntese para distinguir a judicialização da política do ativismo judicial.

A judicialização se reporta ao fato de matérias de grande relevância política ou repercussão social deixarem de ser decididas pelas instâncias políticas clássicas (Poderes Legislativo e Executivo) para serem equacionadas pelo Poder Judiciário, que, como sabemos, não detém legitimidade democrática (os seus membros não são eleitos pelo povo). Luís Roberto Barroso aponta múltiplas causas para o fenômeno, entre as quais: “a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária” (a Constituição brasileira, segundo aponta o autor, é analítica, “desconfiada do legislador”); bem como a grande abrangência do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que inclui tanto o controle difuso quanto o concentrado, além de prever amplo rol de legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103 da CF³¹⁷). Ainda

³¹⁶ RIGOLIN, Ivan Barbosa. Sobre o nepotismo. Uma reflexão sobre moralidade e moralismo. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, ano 7, n. 80, out. 2007, p. 7.

³¹⁷ “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004) I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004) V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004) VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

conforme esclarece o doutrinador, a judicialização não é decorrente da vontade do Judiciário, e sim “do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais”.³¹⁸

Acerca da judicialização da política, Julia Maurmann Ximenes observa que:

(...) nas análises do fenômeno no Brasil, defende-se que o poder judiciário deixou de ser um poder periférico, encapsulado em uma lógica com pretensões autopoiéticas inacessíveis aos leigos, distante das preocupações da agenda pública e dos atores sociais.³¹⁹

A judicialização, frise-se, decorre da Lei Maior (que, em última análise, acabou por conferir ao Poder Judiciário competência para analisar questões de natureza política), mas torna o cenário propício para outro fenômeno: o ativismo judicial.³²⁰

A diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial é formulada por Habacuque Wellington Sodré, nos seguintes termos:

(...) diferentemente da judicialização da política que se constitui num conjunto de mudanças institucionais, tendentes a atribuir competência ao Judiciário para analisar questões políticas, o ativismo judicial é uma postura dos juizes e dos Tribunais, que julgam os casos sem levar em conta os padrões jurídicos

³¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicializa o, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*, OAB Editora, n. 4, jan./fev. 2009, p. 3-4 e 17. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2013.

³¹⁹ XIMENES, Julia Maurmann. O Supremo Tribunal Federal e a cidadania   luz da influência comunitarista. *Revista Direito GV*, São Paulo, 6(1), jan./jun. 2010, p. 128. Disponível em: <http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/07_1.pdf>. Acesso em: 1  nov. 2013.

³²⁰ Marcos Paulo Veríssimo aponta que, na lista de transforma es institucionais provocadas ou viabilizadas pela Constitui o de 1988, está o surgimento, no País, “de um judiciário ‘ativista’, que não se constringe em exercer competências de revisão cada vez mais amplas, quer incidentes sobre a política parlamentar (via controle de constitucionalidade, sobretudo), quer incidentes sobre as políticas de a o social do governo (por intermédio das competências de controle da administra o pública, controle esse interpretado de forma cada vez mais larga nos dias atuais)” (VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constitui o de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “  brasileira”. *Revista Direito GV*, São Paulo, 4(2), p. 409, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rd-08_5_407_440_a_constituicao_de_1988_vinte_anos_depois_marcos_paulo_verissimo.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2013).

preestabelecidos, ou, ainda, inovam na ordem jurídica e política por meio de suas decisões (...).³²¹

Elival da Silva Ramos, por sua vez, conceitua o ativismo judicial como:

(...) o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento, que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.³²²

A partir dos supracitados ensinamentos, entendemos como ativismo judicial o posicionamento adotado pelo Poder Judiciário no sentido de exercer as suas funções de forma exorbitante aos parâmetros definidos pelo ordenamento jurídico, com indevida interferência nas atribuições reservadas pela Constituição Federal aos demais Poderes do Estado (Legislativo e Executivo).

O posicionamento ativista, conforme elucida Luís Roberto Barroso, manifesta-se por meio de diferentes condutas, que incluem:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.³²³

Verifica-se, assim, que a conduta ativista do Poder Judiciário, normalmente, é fundamentada na necessidade de preservação da autoridade da Constituição Federal. Outrossim, o fenômeno, muitas vezes, ocorre diante de situações de retração dos Poderes Legislativo e Executivo (cujos membros, por serem eleitos

³²¹ SODRÉ, Habacuque Wellington. A judicialização da política, ativismo judicial, políticas públicas sociais e grupos de interesses: a análise dessa relação a partir do estudo do caso da judicialização da política pública de saúde no Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 4, n. 16, p. 3, out./dez. 2010.

³²² Op. cit., p. 308.

³²³ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 6.

pelo povo, não raro preferem se abster de tomar decisões relevantes em razão do receio de desagradar ao eleitor) ou, ainda, de situações em que a atuação das instâncias políticas não esteja em conformidade com os anseios da população.

De volta à afirmação no sentido de que a edição da Súmula Vinculante n. 13 caracteriza-se como prática de natureza ativista, cumpre salientar que as normas de desdobramento de princípios constitucionais (que expandem a disciplina por eles imposta, mantendo certa autonomia regulatória) devem ser formuladas pelo Poder Legislativo.³²⁴ Ocorre que, em relação à vedação do nepotismo, a norma de desdobramento dos princípios constitucionais, especialmente aqueles insertos no *caput* do art. 37 da Lei Maior, foi elaborada pelo Poder Judiciário (a Súmula Vinculante de n. 13) em clara afronta à separação de poderes (art. 2º da CF). Nessa linha, Elival da Silva Ramos assevera que a proscrição do nepotismo pelo Supremo Tribunal Federal é “prática ativista consistente em desdobramento exorbitante de princípio constitucional”. Nas palavras do autor:

Não há dúvida de que a disciplina legal restritiva ao provimento de cargos de confiança por parentes da autoridade nomeante, ou de outras autoridades que desfrutem de considerável poder decisório no âmbito da mesma pessoa jurídica, é altamente recomendável, favorecendo os princípios da impessoalidade, da moralidade administrativa e da eficiência, os quais, entretanto, não tornam prescindível esse regramento infraconstitucional.³²⁵

³²⁴ RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 186. Vale esclarecer que, de acordo com o doutrinador, nas situações em que a Constituição Federal admite a intervenção legislativa ou em que ela é exigida, é possível se falar em duas espécies de normas infraconstitucionais: normas integrativas de comandos constitucionais (“normas cuja estatuição se funde com a dos preceitos constitucionais a que se reportam, para compor uma disciplina unitária acerca da matéria regradada”) e normas de desdobramento de princípios e regras constitucionais (“expandem a disciplina por eles imposta, mantendo, contudo, certa autonomia regulatória, mesmo sendo inegável a existência de um vínculo entre ambos os segmentos normativos (constitucional e ordinário”). Ainda segundo seus ensinamentos, a “expansividade dos princípios constitucionais, que já se manifesta no fato de se projetarem sobre outras normas-princípio (menos amplas) e sobre inúmeras normas-regra do texto constitucional, auxiliando o intérprete-aplicador a compor-lhes o sentido, estimula o legislador infraconstitucional a traçar novos segmentos normativos que lhe agregam conteúdo. Essas normas de nível ordinário não são exigidas pelos princípios superiores nem integram a vontade constitucional neles manifestada, desfrutando de certa autonomia regulatória, não obstante representem a projeção das normas-princípio a outros quadrantes do ordenamento e, nesse sentido, também expressem a força nomogenética que os caracteriza” (idem, ibidem, p. 181-182 e 185-186).

³²⁵ RAMOS, Elival da Silva. Op. cit., p. 313-314.

Insta notar que não duvidamos que o ordenamento jurídico deve ser composto de normas que atendam às características da realidade social³²⁶ e, também, que os traços patrimonialistas da sociedade brasileira não podem ser ignorados pelos Poderes do Estado. Todavia, tais fatos, mesmo que aliados ao clamor popular, não autorizam o Poder Judiciário a extrair dos princípios constitucionais uma vedação prévia e absoluta à nomeação de parentes de autoridades públicas independentemente da existência de lei formal ou sem que, ao menos, haja a devida análise de cada caso concreto.

4.6 Consequências da invalidação do ato de nomeação

A invalidação “é a supressão de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica”.³²⁷ Assim, a invalidação tem por objetivo restaurar a legalidade por meio da retirada do ato eivado de vício.³²⁸

O vício pode recair sobre qualquer dos elementos do ato administrativo, quais sejam: sujeito (aquele que detém competência para prática do ato), objeto (ou conteúdo), forma, motivo e finalidade.

Constatado vício no ato de nomeação de determinada pessoa para ocupar cargo de provimento em comissão, seja em razão de ofensa a dispositivo de lei ou aos princípios que compõem o ordenamento jurídico, a invalidação do ato pode ser

³²⁶ A esse respeito, interessante trazer à colação a crítica formulada por Oliveira Viana no sentido de que os “problemas da organização dos poderes públicos e da atividade administrativa do Estado são tratados, conseqüentemente, em inteira desconformidade com a nossa experiência histórica, com as lições do nosso passado e com as próprias realidades observadas. (...) Não chegaram evidentemente ainda a conceber o Estado como deve ser concebido: – como uma realidade social, ‘a realidade do Estado’, de que fala Mac Iver” (op. cit., p. 359-360).

³²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 441.

³²⁸ Oportuno registrar que para Hely Lopes Meirelles a “invalidação” abrange tanto a revogação (supressão de um ato por motivo de inconveniência ou inoportunidade), como a anulação (desfazimento do ato por caracterizar-se como contrário ao Direito). Segundo o autor, a revogação e a anulação são “meios comuns de invalidação dos atos administrativos” (op. cit., p. 183). Todavia, concordamos com os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello no sentido de que não se deve denominar invalidação a retirada do ato por razões de conveniência ou oportunidade (revogação). A esse respeito, explica o doutrinador que os termos “invalidade” e “invalidação” “reportam-se a defeito jurídico e não a problema de inconveniência, de mérito, do ato. Um ato ajustado aos termos legais é válido perante o Direito, ainda que seja considerado inconveniente por quem pretenda suprimi-lo” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* cit., p. 441).

realizada pela própria Administração Pública (de ofício ou por provocação de terceiros, após a instauração de processo administrativo em que sejam assegurados ao interessado o contraditório e a ampla defesa) ou pelo Poder Judiciário (desde que provocado).

Mas, diante da invalidação do ato de nomeação os efeitos produzidos são *ex tunc* (retroativos) ou *ex nunc* (hipótese em que restaria preservado o que se produziu até a declaração de invalidade)?

Ao tratar da invalidação dos atos administrativos em geral, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, partindo da premissa de que a desconformidade com a lei atinge o ato em suas origens, defende que a invalidação produz efeitos retroativos à data em que o ato foi emitido.³²⁹

Também para Diogenes Gasparini os efeitos do ato de invalidação são retroativos e, portanto, alcançam o ato administrativo no seu nascedouro. O autor, porém, ressalva a necessidade de preservação apenas dos efeitos que atingiram terceiros de boa-fé. Exemplifica, então, que “são válidos os atos praticados por um funcionário que teve a sua nomeação invalidada, pois só se desfaz a relação entre as partes ou aquilo para que o ato se preordenara, ou seja, a nomeação”.³³⁰

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, equaciona a questão atinente aos efeitos da declaração de invalidade de determinado ato administrativo a partir da distinção entre atos restritivos e atos ampliativos da esfera jurídica dos administrados. Com isso, para o autor, em se tratando de atos unilaterais restritivos da esfera jurídica dos administrados, a extinção produz efeitos retroativos, exonerando o indivíduo das consequências onerosas dos atos praticados pela Administração. De forma diversa, em se tratando de atos unilaterais que ampliam a esfera jurídica do administrado (tal como o ato de nomeação), “se este não

³²⁹ *Direito administrativo cit.*, p. 219.

³³⁰ *Direito administrativo cit.*, p. 115.

concorreu para o vício do ato, estando de boa-fé, sua fulminação só deve produzir efeitos *ex nunc*, ou seja, depois de pronunciada”.³³¹

Parece-nos que, embora a invalidação, em razão da sua finalidade de restaurar a ordem jurídica violada, em princípio, devesse produzir sempre efeitos retroativos à data de criação do ato inválido, não devem ser desconsiderados os direitos dos administrados que agiram de boa-fé e que podem sofrer prejuízos em decorrência de tal invalidação. Logo, em relação ao tema, seguimos o posicionamento adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello.

Registre-se que, ao tratar dos limites à invalidação dos atos ampliativos de direitos, Weida Zancaner aponta a fundamental importância do princípio da boa-fé no direito administrativo em virtude da presunção da legitimidade dos atos administrativos, a qual somente cessa quando tais atos são contestados. Segundo a autora:

(...) a boa-fé dos administrados passou a ter importância imperativa no Estado Intervencionista, constituindo, juntamente com a segurança jurídica, expediente indispensável à distribuição da justiça material. É preciso tomá-lo em conta perante situações geradas por atos inválidos ampliativos de direitos.³³²

Interessante também trazer à colação o entendimento de Ricardo Marcondes Martins acerca das consequências da aplicação do princípio da boa-fé em matéria de invalidação de atos administrativos:

Se o administrado atua com boa-fé, se desconhece a invalidade do ato, se acredita que tanto a sua atuação como a da Administração sejam legítimas, conformes ao Direito, o princípio protege sua conduta leal, gerando razões *prima facie* em favor da manutenção do ato administrativo que lhe seja favorável. O estabelecimento de uma razão *prima facie* (...) não se confunde com o estabelecimento de uma razão definitiva: sua boa-fé não gera, necessária e imperiosamente, a manutenção do ato, mas estabelece razões em favor dela. Dependendo da gravidade do vício, da repulsa do ordenamento à contrariedade ao Direito e de outras razões jurídicas, é possível que a invalidação do ato não seja afastada.

³³¹ *Curso de direito administrativo cit.*, p. 458.

³³² ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 74.

Nem por isso a boa-fé do agente não produzirá efeitos: se por força do ato inválido o administrado teve algum dano, a boa-fé pode garantir a sua reparação (...).³³³

De volta à questão específica da invalidação do ato de nomeação, entendemos que, em qualquer hipótese, deverão ser preservados os efeitos que alcançaram terceiros de boa-fé, razão pela qual restarão mantidos os atos praticados pela pessoa nomeada para o cargo.

Já no que tange à relação estabelecida entre a pessoa nomeada e o Poder Público, os efeitos da invalidação da nomeação dependerão da análise da boa ou da má-fé do nomeado.³³⁴

É importante, neste ponto, ressaltar que a má-fé (a qual pode estar presente em uma conduta isolada do nomeado ou decorrer de avença com algum agente público) não deve ser presumida, e sim extraída das circunstâncias que permeiam o caso concreto. Sobre o assunto, Celso Antônio Bandeira de Mello pondera que:

Deveras, não se toma como premissa corrente, o patológico, o anômalo. Por isto, a má-fé, para ser admitida como existente, demanda que dela se faça prova substante ou, quando menos, que se possa depreendê-la de indícios veementes, de elementos que precedendo ou circundando o ato (ou a relação jurídica), concorram de modo robusto para levar a uma convicção sólida de que a parte ou as partes agiram maliciosamente, animados por intuito vicioso.³³⁵

Assim sendo, se da análise das peculiaridades atinentes ao caso concreto restar comprovada a má-fé do nomeado para o cargo em comissão (vale dizer, se tiver o nomeado agido de forma desleal, consciente e com o propósito de se beneficiar indevidamente do ato que sabe ser violador do Direito), a declaração de invalidade da nomeação deverá produzir efeitos *ex tunc*, hipótese em que se impõe

³³³ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 321.

³³⁴ Agir de boa-fé é “agir sem malícia, sem intenção de fraudar a outrem. É atuar na suposição de que a conduta tomada é correta, é permitida ou devida nas circunstâncias em que ocorre. É, então, o oposto da atuação de má-fé, a qual se caracteriza como o comportamento consciente e deliberado produzido com o intento de captar uma vantagem indevida (que pode ou não ser ilícita) ou de causar a alguém um detrimento, um gravame, um prejuízo, injustos” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O princípio do enriquecimento sem causa em Direito Administrativo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, p. 11, fev./mar./abr. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 23 set. 2013).

³³⁵ Idem, ibidem, p. 12.

a devolução ao erário do salário recebido. De fato, não se pode admitir que o nomeado se beneficie de uma ilegalidade a que tenha dado causa ou em relação à qual tenha, ao menos, participado. De outro modo, se a má-fé não restar extraída das circunstâncias fáticas da hipótese concreta, diante do princípio geral de direito de vedação ao enriquecimento sem causa (que não permite à Administração se beneficiar dos serviços prestados pelo nomeado sem a devida contraprestação pecuniária), não haverá que se cogitar da devolução dos valores recebidos como remuneração.³³⁶

A título ilustrativo, oportuno trazer à colação o seguinte julgado que adota o entendimento no sentido de ser incabível a devolução dos valores recebidos de boa-fé a título de remuneração, *in verbis*:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – SERVIDORA PÚBLICA – NOMEAÇÃO PARA CARGO DE CONFIANÇA JUNTO AO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 16ª REGIÃO – PARENTE ATÉ TERCEIRO GRAU DE JUIZ AO QUAL É VINCULADO – LEI 9.421/96 – IMPOSSIBILIDADE – RESSARCIMENTO AO ERÁRIO – NÃO CABIMENTO. 1. A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para sua aplicação, já que esta proibição decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal (STF, RE 579.951 RG / RN). 2. A Resolução n. 07/05 do CNJ, declarada constitucional por meio da ADC 12-DF, determinou aos Presidentes dos Tribunais a exoneração dos atuais ocupantes de cargos de provimento em comissão e de funções gratificadas, nas situações previstas em seu art. 2º. 3. Os servidores nomeados para cargos em comissão não detêm direito à estabilidade e não possuem direito adquirido de permanecerem no cargo, bem como não há como considerar que suas investiduras constituíram ato jurídico perfeito. 4. O art. 10 da Lei 9.421/96 objetivou abarcar, como clientes normativos, todas aquelas situações que poderiam ser tipificadas objetivamente no quadro normativo da lei, ainda que o ato de nomeação tenha sido formalizado em momento anterior à sua

³³⁶ A fim de corroborar a conclusão apresentada, cabe citar, novamente, as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, que, ao tratar do princípio do enriquecimento sem causa em Direito Administrativo, assim pondera: “Tem-se, portanto, que a regra geral, que o princípio retor na matéria, evidentemente é – e não pode deixar de ser – o da radical vedação ao enriquecimento sem causa. Logo, para ser excepcionado, demanda o concurso de sólidas razões em contrário, quais sejam: a prova, a demonstração robusta e substancial de que o empobrecido obrou com má-fé, concorrendo, deliberada e maliciosamente para a produção de ato viciado do qual esperava captar vantagem indevida. É que, em tal caso, haverá assumido o risco consciente de vir a sofrer prejuízos, se surpreendida a manobra ilegítima em que incorreu. Fora daí, entretanto, seria iníquo sonegar-lhe a recomposição do desgaste patrimonial decorrente de relação jurídica travada com o patrocínio do Poder Público, sob a égide de sua autoridade jurídica, mas ao depois considerada inválida” (O princípio do enriquecimento sem causa em Direito Administrativo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico* cit, p. 10-11).

vigência. 5. Impõe-se acolher o pleito do Ministério Público Federal, quanto à destituição do cargo em comissão em relação ao servidor de cargo comissionado apontado na petição inicial. 6. Revela-se improcedente o pedido concernente ao ressarcimento, ao erário, dos valores recebidos a título de remuneração pelo exercício do cargo público, pois evidente a boa-fé da ré no recebimento de tal verba alimentar. 7. Apelações e remessa providas em parte.³³⁷ (destacamos)

Ainda acerca da relevância da boa-fé como critério a ser considerado em situações atinentes à reposição ao erário, registre-se que o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público não estão sujeitos à devolução em razão da natureza alimentar da verba.³³⁸ Não é diverso o posicionamento do Tribunal de Contas da União, conforme demonstra o teor da Súmula 249, *in verbis*:

É dispensada a reposição de importâncias indevidamente percebidas, de boa-fé, por servidores ativos e inativos, e pensionistas, em virtude de erro escusável de interpretação de lei por parte do órgão/entidade, ou por parte de autoridade legalmente investida em função de orientação e supervisão, à vista da presunção de legalidade do ato administrativo e do caráter alimentar das parcelas salariais.

Vale notar que as conclusões ora apresentadas quanto aos efeitos da invalidação do ato de nomeação não interferem na eventual responsabilização do nomeado e/ou da autoridade nomeante por ato de improbidade administrativa,

³³⁷ TRF 1ª Região, 1ª Turma Suplementar, AC 199737000056046, Rel. Juiz federal Mark Yshida Brandão, e-DJF1 16/03/2012, p. 1045.

³³⁸ Nesse sentido, cite-se a seguinte decisão:

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ POR SERVIDOR PÚBLICO. ERRO ESCUSÁVEL DA ADMINISTRAÇÃO. DEVOLUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. NÃO VIOLAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO INFRACONSTITUCIONAL. 1. O acórdão recorrido foi proferido em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual não é devida a restituição de valores recebidos de boa-fé por servidor público em decorrência de erro da Administração. 2. O entendimento adotado por esta Corte no julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.244.182/PB, segundo o qual os valores recebidos em decorrência de interpretação equivocada da lei não podem ser devolvidos, não impede que a mesma orientação seja aplicada nas hipóteses em que o pagamento indevido tenha origem em erro escusável praticado pela Administração e desde que evidenciada a boa-fé do servidor beneficiado, premissas essas que, no caso concreto, foram estabelecidas pelas instâncias ordinárias. 3. Não há falar em ofensa à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF) e ao enunciado 10 da Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal quando não haja declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais tidos por violados, tampouco afastamento destes, mas tão somente a interpretação do direito infraconstitucional aplicável ao caso, com base na jurisprudência desta Corte. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento” (STJ, 1ª Seção, AgRg no REsp 1.369.698/SE, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 25/06/2013).

desde que reste caracterizada qualquer das hipóteses previstas pelos arts. 9º a 11 da Lei n. 8.429/1992³³⁹ e que, a depender do caso, haja a culpa grave ou o dolo do agente.³⁴⁰

Saliente-se que, caso não tenha havido a efetiva contraprestação de trabalho por parte do nomeado, a devolução ao erário da remuneração é medida que se impõe, em razão do mesmo princípio que veda o enriquecimento sem causa (patente, nessa hipótese, que o enriquecimento do nomeado em detrimento do Poder Público ocorreu sem que houvesse causa válida sob o aspecto jurídico).

A questão atinente à nomeação para cargo de provimento em comissão sem que houvesse a devida contraprestação laboral foi enfrentada pelo Tribunal de Contas da União nos autos do processo de Tomada de Contas Especial n. 012.247/1999-5. A título ilustrativo, vale mencionar trechos do voto do Ministro Relator no mencionado processo:

(...) considero que restou devidamente comprovado nestes autos que a Assessora residia em outro Estado da Federação, precisamente no Rio de Janeiro, enquanto o exercício de suas funções deveria ser no Espírito Santo, sendo as provas coligidas contundentes no sentido de que: a servidora não frequentava o Tribunal; não foi respeitado o limite mínimo diário da jornada de trabalho imposta ao servidor

³³⁹ Cumpre ressaltar que, nos termos do art. 11, *caput*, da Lei n. 8.429/1992, “constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições”. O art. 12 da Lei em comento estabelece as sanções a serem aplicadas (de forma isolada ou cumulativa, de acordo com a gravidade do fato) ao responsável por ato de improbidade administrativa. Entre tais sanções (que não se confundem com aquelas aplicadas nas searas penal, cível ou administrativa), podem ser citadas: o ressarcimento integral do dano (se houver), a perda da função pública, multa civil e suspensão dos direitos políticos. Já o art. 23, I, do diploma normativo em comento estabelece que as ações destinadas a levar a efeitos as sanções por ato de improbidade administrativa podem ser propostas “até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança”.

³⁴⁰ A respeito do elemento subjetivo para configuração da improbidade administrativa, compartilhamos do entendimento defendido por Daniel Serra Azul Guimarães no sentido de que as hipóteses previstas pelos arts. 9º e 11 da Lei n. 8.429/1992 (atos que importam enriquecimento ilícito e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública, respectivamente) exigem o dolo do agente, ao passo que as hipóteses previstas pelo art. 10 da mencionada Lei (atos que causam prejuízo ao erário) podem restar caracterizadas diante de dolo ou de culpa grave do agente. Sobre a culpa, explica o autor que “apenas a culpa grave, devidamente comprovada, externando verdadeiro menosprezo pelo dever de eficiência, de boa administração da coisa pública pode caracterizar improbidade administrativa nos termos do art. 10 da Lei n. 8.429/92. (...) A diferença de gravidade entre atos concretos, dolosos ou culposos, apresentará relevo no momento da fixação das sanções a serem aplicadas” (GUIMARÃES, Daniel Serra Azul. Improbidade culposa?. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 8, set./dez. 2012).

público; não foi comprovada a realização dos trabalhos afetos à área de sua competência.³⁴¹

Além da hipótese explicitada no referido acórdão do TCU (que trata de pessoa residente em determinado Estado da Federação, mas que foi nomeada para exercer cargo em comissão em outro Estado), também há evidência no sentido de não ter ocorrido a efetiva contraprestação de trabalho por parte do servidor comissionado no caso de este desempenhar atividade na esfera privada em horário incompatível com o exercício das funções inerentes ao cargo em comissão. Nessas hipóteses, é cristalino o dano ao erário e o consequente dever de restituição aos cofres públicos dos valores recebidos como remuneração.

Registre-se, por fim, que, nos termos do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, é imprescritível a ação de ressarcimento por dano causado ao erário.

³⁴¹ TCU, Plenário, Processo n. 012.247/1999-5, acórdão 0033/2004, Rel. Min. Marcos Bemquerer, *DOU* 06/02/2004.

CONCLUSÃO

No Brasil, cujo povo tem como traços marcantes o individualismo e a omissão diante da vida pública (por motivos históricos que remontam à época da colonização), preponderou, ao longo da história, o interesse individual sobre o interesse público e, por consequência, certa confusão entre as esferas pública e privada, marca característica do patrimonialismo.

Assim, o Estado brasileiro, como reflexo da realidade social, possui forte tradição patrimonialista, sendo que, entre os objetivos perseguidos pelas sucessivas reformas administrativas ocorridas no País (a exemplo da reforma burocrática iniciada em 1936 e da reforma gerencial de 1995 prevista pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado), sempre se fez presente o propósito de abolir as práticas patrimonialistas enraizadas na Administração Pública.

Em que pesem os avanços já conquistados, não há dúvidas de que novas reformas são necessárias diante do dinamismo das relações sociais e econômicas, reformas essas que, apesar do mundo globalizado em que vivemos, jamais poderão deixar de considerar as peculiaridades da realidade brasileira e as necessidades da população. Não se pode olvidar que é imperativa também, além de futuras reformas, a mudança de pensamento dos administradores públicos para que, dessa forma, passem efetivamente a priorizar o interesse público (e não os próprios interesses pessoais).

Em relação aos cargos de provimento em comissão (que são ocupados de forma transitória por alguém que goze da confiança da autoridade nomeante), a Emenda Constitucional n. 19/1998 (que decorreu da reforma gerencial de 1995), ao conferir nova redação ao art. 37, V, da Constituição Federal, restringiu, com o propósito de evitar abusos, as hipóteses de criação e provimento desses cargos ao estabelecer que destinam-se eles apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento e, ainda, que a escolha dos seus titulares deverá recair em servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos estabelecidos em lei do respectivo ente político.

Conforme visto, a importância dos cargos em comissão para a democracia reside no fato de serem eles o elo entre a esfera política de governo e os servidores responsáveis pela execução administrativa. Tais cargos têm o propósito de assegurar a implementação das diretrizes adotadas pelas autoridades superiores, em especial, pelos agentes políticos, os quais, em regra, são eleitos pelo povo.

Apesar da relevância dos cargos comissionados para o regime democrático, a discricionariedade na nomeação dos seus futuros ocupantes (que é assegurada pelo art. 37, II, da CF e implica a dispensa de prévia realização de concurso público para o provimento) desperta grande desconfiança por parte da sociedade, a qual vê nesses cargos um meio utilizado pelos agentes públicos para se favorecerem indevidamente.

Todavia, discricionariedade é liberdade de atuação de acordo com os parâmetros definidos pelo ordenamento jurídico. Não se confunde, portanto, com arbitrariedade.

Logo, o ato de nomeação de determinada pessoa para ocupar cargo público de provimento em comissão deve observar a lei em sentido formal (a qual pode estabelecer requisitos a serem preenchidos pelo seu titular – como nível mínimo de qualificação ou experiência profissional – ou vedações a determinadas pessoas) e também os princípios que regem a atuação da Administração, em especial aqueles expressamente arrolados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

No que concerne ao princípio da eficiência, vale ressaltar que tal princípio foi incluído no texto da Constituição pela Emenda Constitucional n. 19/1998 e, a nosso ver, representou importante avanço para a Administração Pública brasileira, uma vez que passou a autorizar a análise da conformidade dos atos administrativos discricionários com o ordenamento jurídico sob mais um aspecto: se foram ou não praticados de modo que se alcançassem os melhores resultados.

Caso constatada ilegalidade no ato de nomeação (ilegalidade aqui considerada em sentido amplo e que, portanto, pode resultar tanto de violação à lei quanto de ofensa a princípios), deverá tal ato ser invalidado pela própria Administração Pública (de ofício ou por provocação de terceiros, após a instauração

de processo administrativo em que sejam assegurados ao interessado o contraditório e a ampla defesa) ou pelo Poder Judiciário (desde que provocado, em razão do princípio da inércia da jurisdição).

As consequências da invalidação do ato de nomeação foram expostas no item 4.6 deste estudo e, como visto, dependerão da análise de fatores como a boa ou a má-fé do nomeado, além do fato de ter ou não havido a efetiva contraprestação de trabalho por parte do servidor comissionado.

A nomeação de parentes para cargos de provimento em comissão (prática conhecida como nepotismo) é comumente rechaçada, independentemente de vedação expressa em lei, sob a alegação de ofensa a princípios constitucionais. O nepotismo, assim como o clientelismo, são apontados como inerentes ao patrimonialismo e, frequentemente, são associados à corrupção.

A Constituição Federal, embora não proíba a nomeação de parentes para o desempenho de funções públicas, também não impede que o legislador ordinário venha a disciplinar a matéria segundo critérios objetivos. Portanto, desde que haja razoabilidade, pode o Poder Legislativo competente de qualquer das esferas da federação editar leis ordinárias no sentido de vedar a nomeação de parentes para cargos em comissão ou função de confiança. Não se faz necessária, por conseguinte, emenda à Constituição para impedir a nomeação de parentes. A restrição dessa espécie feita pela lei, a nosso ver, não viola nenhum preceito constitucional (entre os quais o princípio da isonomia – art. 5º, *caput*, da CF) por ser uma limitação bastante específica imposta ao parente do agente público, além do que, diante dos traços patrimonialistas arraigados na Administração Pública brasileira, busca assegurar que o parentesco não se sobreponha, como critério de escolha, ao merecimento, o que certamente prejudicaria a eficiência da atuação estatal.

Com o propósito de uniformizar o entendimento acerca da vedação à prática do nepotismo e vincular a atuação não só dos órgãos do Poder Judiciário, mas de toda a Administração Pública, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 13. Com isso, a Corte Suprema considerou inconstitucional a nomeação, na Administração Pública (direta ou indireta, de qualquer dos Poderes

dos entes federados), para cargo em comissão ou função de confiança 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. A inconstitucionalidade abarca a prática do denominado “nepotismo cruzado”, ou seja, o ajuste entre autoridades com o propósito de designar, de forma recíproca, parentes uma da outra e, assim, afastar a incidência das normas que proíbem a nomeação de familiares.

A conclusão a que chegamos neste estudo é no sentido de que, apesar de os princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública serem capazes de reprimir situações de ofensa ao interesse público (uma vez que são normas de observância obrigatória), com o devido respeito ao entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal na súmula vinculante em debate, a nomeação de parentes para ocupar cargo em comissão ou função de confiança não implica, necessariamente, ilegalidade do ato por violação aos princípios elencados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

De fato, quanto ao princípio da impessoalidade (que impõe à Administração o dever de agir em busca do interesse público, pautada em critérios objetivos), ele resta mitigado nas nomeações para cargos de provimento em comissão em razão de a escolha do futuro titular não ser realizada com base em critérios exclusivamente objetivos, mas depender também de uma análise subjetiva da autoridade nomeante: a existência ou não do elemento confiança. Portanto, o princípio da impessoalidade não pode ser invocado como único empecilho à nomeação de parentes.

No tocante ao princípio da moralidade, do exame dos precedentes à Súmula Vinculante n. 13, constatou-se que o Supremo Tribunal Federal partiu do pressuposto de que a moralidade administrativa está vinculada à moral comum da sociedade, ou seja, aquilo que a sociedade entende como correto. Porém, a moralidade administrativa é moralidade jurídica (e não moralidade comum), estando, assim, vinculada diretamente a outros princípios e regras que formam o ordenamento jurídico. Logo, diante da ausência de norma (seja constitucional ou infraconstitucional) que impeça a nomeação de parentes, o princípio da moralidade

administrativa, por si só, não tem o condão de tornar a conduta ilegal (ilegalidade considerada em sentido amplo, ou seja, conduta ofensiva ao ordenamento jurídico).

Já o princípio da eficiência restará violado não pela simples nomeação de parente da autoridade pública para determinado cargo em comissão ou função de confiança, e sim no caso de esse parente não ser devidamente capacitado para o bom exercício das atribuições inerentes ao cargo. Outrossim, vimos que a prestação de um serviço de boa qualidade pelo agente público (tal como exige o princípio da eficiência), seja ele parente ou não de autoridade pública, apenas restará assegurada mediante a implementação de periódicas avaliações de desempenho funcional, com base em critérios objetivos (como assiduidade e produtividade do servidor).

De todo o exposto no decorrer deste trabalho, resta-nos claro que, se ausente previsão em lei, apenas o exame da situação concreta (análise que deve abranger as razões da nomeação, a qualificação profissional e a experiência do nomeado, bem como o atendimento ao interesse público) é que poderá apontar se a nomeação para cargos de provimento em comissão implica ou não violação aos princípios constitucionais previstos pelo art. 37, *caput*, da Lei Maior, especialmente aos princípios da impessoalidade, da moralidade e da eficiência.

É certo que o ordenamento jurídico deve ser composto de normas que atendam às características da realidade social e, ainda, que os traços patrimonialistas da sociedade brasileira não podem ser ignorados pelos Poderes do Estado. Daí que, embora sejam autoaplicáveis os princípios constitucionais que regem a atuação da Administração Pública, diante do cenário fático nacional (em que presenciamos, com lamentável frequência, denúncias de irregularidades perpetradas por agentes públicos), parece-nos que a previsão em lei de critérios objetivos para a nomeação que exaltem os princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade e da eficiência seria uma forma de reforçar a defesa do interesse público.

Todavia, os mencionados fatos, ainda que aliados ao clamor popular, não autorizam o Poder Judiciário a extrair dos princípios constitucionais vedação prévia e

absoluta à nomeação de parentes de autoridades públicas independentemente da existência de lei formal ou sem que haja a devida análise de cada caso concreto.

A Súmula Vinculante n. 13 demonstra, sobretudo, uma preocupação da Corte Suprema em atender ao clamor da sociedade (que, consoante já apontado, associa o nepotismo à corrupção), mas não resolve o principal problema atinente às nomeações para cargos em comissão ou funções de confiança: o merecimento (qualidades e aptidões) do futuro ocupante do cargo ou da função. Desse modo, dado o problema por solucionado mediante a edição da súmula em comento, situações de grave ofensa ao ordenamento jurídico, como nomeação de amigos íntimos ou aliados políticos que não ostentam capacitação mínima para o regular exercício das atribuições inerentes ao cargo, acabam por não ser devidamente investigadas e combatidas.

Por fim, acreditamos que, quanto aos cargos públicos de provimento em comissão, muito mais importante do que a vedação prévia e absoluta quanto à nomeação de parentes, é o preenchimento desses cargos por pessoas que não apenas gozem da confiança da autoridade nomeante, mas que tenham capacitação profissional suficiente para o bom exercício das funções inerentes ao cargo. Em outras palavras, a escolha atinente ao provimento dos cargos comissionados deve observar, além da confiança (que alberga aspecto subjetivo), critérios objetivos que privilegiem o merecimento do futuro servidor. Isso porque a eficiência da Administração Pública e o atendimento satisfatório das necessidades dos cidadãos dependem da qualidade dos agentes públicos.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. O princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, fev./mar./abr. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 23 set. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*, OAB Editora, n. 4, jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. 13. ed. 5. reimp. Brasília: Ed. UnB, 2010. 2 v.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública burocrática à gerencial. *Revista do Serviço Público*, 47 (1), jan./abr. 1996. Disponível em: <<http://bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2013.

_____. Os primeiros passos da reforma gerencial do Estado de 1995. *Revista Brasileira de Direito Público RBDP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, out./dez. 2008.

_____. Uma reforma gerencial da administração pública no Brasil. *Revista do Serviço Público*, Brasília, 49 (1), jan. 1998. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1997/92refadm.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMMAROSANO, Márcio. Cargos em comissão – breves considerações quanto aos limites à sua criação. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 38, jul./ago. 2006.

_____. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

_____. *Provimento de cargos públicos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

CAMPANTE, Rubens Goyatá. O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 1, 2003, p. 153-193. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v46n1/a05v46n1.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, José Murilo de. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 2, 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581997000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 maio 2013.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. A Lei de Responsabilidade Fiscal como fator determinante para a consolidação do sistema de controle interno: definição do entendimento da separação de Poderes e o princípio da eficiência no "modelo gerencial" de Estado. *Interesse Público IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 62, jul./ago. 2010.

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

DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DAMIÃO, Regina Toledo; HENRIQUES, Antonio. *Curso de português jurídico*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes Direito. Reforma administrativa: a Emenda n. 19/98. *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, América do Norte, 0, ago. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/informativo/article/view/184/179>>. Acesso em: 11 mar. 2013.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Globo, 1997.

FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa*. 6. ed. rev. e atual. Curitiba: Positivo, 2004.

_____. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Orgs.). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. refundida e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCIA, Emerson. O nepotismo. *Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 15, mar. 2003.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GUIMARÃES, Daniel Serra Azul. Improbidade culposa?. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, set./dez. 2012.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. 4. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAFRA FILHO, Francisco de Salles Almeida. Administração Pública burocrática e gerencial. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 5, n. 55, set. 2005.

MAGALHÃES, André Luiz Alves de. *O jeitinho brasileiro na admissão ao serviço público: a história constitucional do recrutamento de servidores sem concurso*. São Paulo: Baraúna, 2011.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELO, Frederico Jorge Gouveia de. *Admissão de pessoal no serviço público: procedimentos, restrições e controles*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO (MARE). *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República. Imprensa Oficial, set. 1995. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>> Acesso em: 19 mar. 2013.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO – SECRETARIA DE GESTÃO PÚBLICA. *Boletim Estatístico de Pessoal*. Brasília, v. 17, n. 201, jan. 2013. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/servidor/publicacoes/boletim_estatistico_pessoal/2013/Bol201_Jan2013.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2013.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO – SECRETARIA DE RECURSOS HUMANOS. *Boletim Estatístico de Pessoal*. Brasília, v. 8, n. 92, dez. 2003. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/servidor/publicacoes/boletim_estatistico_pessoal/2003/Bol92_dez2003.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2013.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MOTTA, Fabrício. É possível a nomeação de pessoa com 70 anos ou mais para cargo comissionado? *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 5, n. 49, mar. 2005.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula vinculante*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MUSETTI, Rodrigo Andreotti. O nepotismo legal e moral nos cargos em comissão da Administração Pública. *Universo Jurídico*, Juiz de Fora, ano XI, 19 de março de 2001. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/786/o_nepotismo_legal_e_moral_nos_cargos_em_comissao_da_administracao_publica> Acesso em: 16 maio 2013.

NICZ, Alvacir Alfredo; DINIZ, Cláudio Smirne. O desenvolvimento econômico segundo o pensamento neoliberal e seus reflexos nas Emendas à Constituição da República de 1988. *Revista de Direito Público da Economia RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, out./dez. 2008.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Servidores públicos*. São Paulo: Malheiros, 2004.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

_____. *O servidor público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Sobre o nepotismo. Uma reflexão sobre moralidade e moralismo. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, ano 7, n. 80, out. 2007.

SANTOS, Luiz Alberto dos; SOUZA, Regina Luna Santos de. *Corrupção, nepotismo e gestão predatória: um estudo do caso brasileiro e alternativas para seu enfrentamento*. In: XVIII Concurso del CLAD sobre Reforma del Estado y Modernización de la Administración Pública “Cómo combatir la corrupción, garantizar la transparencia y rescatar la ética en la gestión gubernamental en Iberoamérica”, Caracas, 2004-2005, p. 81-137. Disponível em: <http://www.clad.org/siare_isis/fulltext/0052003.pdf>. Acesso em: 17 maio 2013.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Da Administração Pública burocrática à gerencial. A Influência de Max Weber. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 24, p. 22-50, jan./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/24/pr/pr5.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

SODRÉ, Habacuque Wellington. A judicialização da política, ativismo judicial, políticas públicas sociais e grupos de interesses: a análise dessa relação a partir do estudo do caso da judicialização da política pública de saúde no Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 4, n. 16, out./dez. 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

TANAKA, Sônia Yuriiko Kanashiro (Coord.). *Panorama atual da Administração Pública no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012.

TAVARES, André Ramos. Constituição de 1988 em vinte anos de consolidação: a cidadania como emblema constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais RBEC*, Belo Horizonte, n. 8, ano 2, out./dez. 2008.

_____. *Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007.

_____. Perplexidades do novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público RBDP*, Belo Horizonte, n. 12, ano 4, jan./mar. 2006.

VALLE, Vanice Lírio do. Cargos em comissão, seu caráter instrumental à boa administração e os respectivos limites constitucionais. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 7, n. 81, nov. 2007.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. *Revista Direito GV*, São Paulo, 4(2), jul./dez. 2008, p. 407-440. Disponível em: <http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rd-08_5_407_440_a_constituicao_de_1988_vinte_anos_depois_marcos_paulo_verissimo.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2013.

VIANA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999.

VIOLIN, Tarso Cabral. Da Administração Pública patrimonialista à Administração Pública gerencial e a burocracia. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 7, n. 30, p. 225-247, out./dez. 2007.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; rev. téc. de Gabriel Cohn. 4. ed. Brasília: UnB, v. 1, 2000.

_____. *Ensaios de sociologia*. Tradução de Waltensir Dutra. 5. ed. (reimpr.). Rio de Janeiro: LTC, 2010.

XIMENES, Julia Maurmann. O Supremo Tribunal Federal e a cidadania à luz da influência comunitarista. *Revista Direito GV*, São Paulo, 6(1), jan./jun. 2010, p. 119-142. Disponível em: <http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/07_1.pdf>. Acesso em: 1º nov. 2013.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do Estado Social e Democrático de Direito. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano I, n. 9, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 abr. 2013.