

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

LUCAS DANDE BELO

**OS LIMITES CONSTITUCIONAIS PARA A CRIAÇÃO E NOMEAÇÃO
DE SERVIDORES PARA CARGOS EM COMISSÃO NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

VOLTA REDONDA
2018

**FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**OS LIMITES CONSTITUCIONAIS PARA A CRIAÇÃO E NOMEAÇÃO
DE SERVIDORES PARA CARGOS EM COMISSÃO NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito do UniFOA como requisito à
obtenção do título de bacharel em Direito.

Aluno:

Lucas Dande Belo

Professor Orientador:

Benevenuto Silva dos Santos

VOLTA REDONDA

2018



Fundação Oswaldo Aranha



FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:

os limites constitucionais para criação e natureza de serviços públicos
 prestados em limites na administração pública

Elaborado por LUIZ DAVILA BRUNO apresentado publicamente perante a Banca Avaliadora, como parte dos requisitos para conclusão do Curso de Direito.

Aprovada em 04 de NOVEMBRO de 2018

Banca Avaliadora:

.....

Professor Orientador - Unifoa

.....

Professor Avaliador - Unifoa

.....

Professor Avaliador - Unifoa

Aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por tudo o que acontece na minha vida, sou extremamente grato e o levarei comigo em todos os dias da minha vida.

Ao meu orientador pelo zelo, atenção e dedicação que foram essenciais para a elaboração desse trabalho.

À minha família, especialmente, por acreditarem e investirem em mim, e estarem sempre presentes em tudo na minha vida.

RESUMO

Com a promulgação da constituição de 1988, estabeleceu-se como regra geral de acesso aos cargos públicos o processo seletivo mediante concurso público de provas e títulos. Tal regramento constitucional é de suma importância para evitar comportamentos patrimonialistas, como a distribuição de cargos pelos administradores de acordo com seus interesses. Em contrapartida, a Constituição definiu como exceção a regra principal, dentre outras, a livre nomeação para cargos em comissão. No entanto, tais cargos deverão ter a natureza obrigatória de direção, chefia e assessoramento. Fora dessas hipóteses poder-se-á estar diante de afronta ao princípio do concurso público, bem como de outros princípios constitucionais. Trata-se, portanto, de importante limitação constitucional aos cargos de livre nomeação e exoneração. O presente estudo tem como objetivo, abordar as principais limitações constitucionais, expressas e implícitas acerca deste tema. Por fim, ressalte-se que o STF exerce importante papel de controle de constitucionalidade em relação aos casos existentes de cargos comissionados dissociados das hipóteses previstas na constituição.

Palavras-chave Cargos comissionados; Concurso Público; Limitação constitucional; Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EXPRESSOS E RECONHECIDOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	10
2.1 INTRODUÇÃO AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS.....	10
2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EXPRESSOS NO ART.37, CAPUT - DA LEGALIDADE.....	10
2.2.1 DA IMPESSOALIDADE.....	11
2.2.2 DA MORALIDADE.....	13
2.2.3 DA PUBLICIDADE.....	15
2.2.4 DA EFICIÊNCIA.....	15
2.3 PRINCÍPIO RECONHECIDOS.....	16
2.3.1 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.....	17
2.3.2 PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA.....	17
2.3.3 DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.....	20
3 REGRA GERAL DE ACESSO A CARGOS PÚBLICOS E EXCEÇÕES PREVISTAS EM LEI.....	23
3.1 CONCURSO PÚBLICO.....	23
3.2 LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO.....	25
4 SISTEMATIZAÇÃO DOS CARGOS/FUNÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	27
4.1 CARGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS.....	27
4.2. FUNÇÃO DE CONFIANÇA OU FUNÇÃO GRATIFICADA..	28
4.3 FUNÇÃO DE CONFIANÇA E CARGO COMISSIONADO.....	29
4.4. TIPIFICAÇÃO DOS CARGOS PÚBLICOS.....	30
4.5. CARGOS EFETIVOS.....	32
4.6 CARGOS COMISSIONADOS.....	34
4.6. INVESTIDURA.....	37
4.7 CRIAÇÃO, TRANSFORMAÇÃO E EXTINÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS.....	38
5. LIMITES À NOMEAÇÃO DE SERVIDORES SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO.....	41

5.1 A EXIGÊNCIA DE LEI EM SENTIDO ESTRITO PARA A CRIAÇÃO E EXTINÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO.....	42
5.2 DAS FUNÇÕES DE DIREÇÃO, CHEFIA E ASSESSORAMENTO.....	44
5.3 A EXIGÊNCIA DE PERCENTUAIS MÍNIMOS DE CARGOS COMISSIONADOS A SEREM OCUPADOS POR SERVIDORES DE CARREIRA.....	46
5.4 O LIMITE CONSTITUICIONAL IMPOSTO PELA REGRA GERAL DE ACESSO AOS CARGOS PÚBLICOS MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO.....	48
5.5 AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA.....	51
6 CONCLUSÃO.....	53
7 REFERÊNCIAS.....	56

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, estabeleceu como formas principais de acesso à cargos públicos, o concurso público, e a livre nomeação de servidores para provimento em cargos de comissão.

Saliente-se, que a regra geral de acesso, é mediante concurso público, que é meio burocrático que tem como objetivo assegurar a igualdade de competição entre eventuais interessados, sendo uma das premissas básicas de qualquer ordenamento jurídico moderno.

No entanto, em que pese a importância do certame seletivo, que busca alcançar a máxima efetividade na execução da atividade administrativa, o legislador estabeleceu como regra excepcional, a livre nomeação de servidores para cargos em comissão.

Trata-se de procedimento célere, menos burocrático, mas que no entanto, possui diversas limitações constitucionais, que devem ser respeitadas, sob pena de inconstitucionalidade.

Não obstante, frequentemente a regra constitucional é violada, uma vez que basta um simples olhar nos quadros funcionais dos entes administrativos, seja em âmbito Federal, Estadual ou Municipal, para encontrar cargos em comissão dissociados das finalidades previstas em lei.

Tais irregularidades ocorrem, por exemplo, por meio de práticas como o nepotismo, a nomeação de comissionados em número superior ao dos efetivos, a nomeação de servidores para cargo em comissão, com a nomenclatura de Diretor, Chefe ou Assessor, mas que, na verdade, possui funções típicas de cargos efetivos os quais a investidura se dá por concurso público. Todas essas práticas se constituem em uma forma de patrimonialismo na Administração Pública, forma esta, pré histórica de composição de governo, que, por incrível que pareça, perdura até os dias atuais.

Para que tais ilegalidades não aconteçam, faz-se necessário que sejam observadas as limitações constitucionais pertinentes. O combate aos abusos no uso da "maquina pública" em relação a esse assunto, é tarefa que cabe a Administração Pública e ao Poder Judiciário (não será objeto de discussão), sob observância dos ditames Constitucionais.

O presente trabalho se valerá de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, na qual serão abordados, primeiramente, os princípios administrativos que norteiam a atividade administrativa executada pelo administrador público. Em um segundo momento, será abordada a regra geral de acesso aos cargos públicos, assim como suas exceções. Além disso, abordaremos os conceitos dos cargos efetivos e comissionados, com a indicação das características de cada tipo de cargo, aliado à análise dos dispositivos constitucionais inerentes à Administração Pública buscando entender até onde vai a liberdade para criar cargos comissionados, bem como nomear servidores em comissão.

Por fim, diante da constatação de que mesmo nos tempos atuais, onde vige o Estado de Direito, existem sérios problemas envolvendo cargos comissionados, o presente trabalho de conclusão de curso tem o objetivo de indicar, do modo mais claro possível, os limites constitucionais implícitos e expressos para a criação e nomeação de cargos comissionados.

2 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EXPRESSOS E RECONHECIDOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

2.1 INTRODUÇÃO AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS

A Administração Pública é regida por princípios, sejam eles constitucionais ou infraconstitucionais, expressos ou reconhecidos, que atuam como mitigadores da atuação do Poder Público, assim como servem de norte para o legislador na formação das leis.

Conforme ensinamento de Marçal Justen Filho:

Pode-se dizer, então, que os princípios desempenham função normativa relevante no tocante ao regime de direito administrativo. Com algum exagero, poder-se-ia afirmar que os princípios possuem influência mais significativa no direito administrativo do que no direito privado. Assim se passa porque a autoridade pública é investida de poderes que não existem no relacionamento entre particulares. O controle sobre o exercício desses poderes faz-se não apenas mediante regras, mas também por via dos princípios.¹

Importante expressar também, que a Administração Pública, ou melhor, o Direito Administrativo como um todo, é estruturado pela Constituição Federal, na qual é devidamente delineado a organização político administrativa do Estado (União, Distrito Federal, Estados e Municípios), os princípios fundamentais, bem como as diretrizes de desenvolvimento do sistema normativo.

Nesse sentido, o artigo 37, Caput, da Lei Maior, nos remete a cinco princípios específicos norteadores da atividade da Administração Pública, são eles: *legalidade, impessoalidade, moralidade publicidade e eficiência*.

Logo, buscando um aprofundamento maior sobre o tema, abordaremos individualmente os princípios acima expostos, com enfoque maior em alguns em detrimento de outros, devido ao fato daqueles (legalidade, impessoalidade, moralidade) apresentarem maior relevância ao objeto do presente.

2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EXPRESSOS NO ART.37, CAPUT - DA LEGALIDADE

A legalidade apresenta uma relevância muito ampla no tocante à atividade administrativa, e possui implicação diversa no âmbito administrativo e particular.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 12º ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016. p.62.

A previsão mais geral deste princípio é expressa no inciso II do art.5º da Constituição, onde lê-se que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Logo, temos como inferência do inciso II do artigo 5º, que aos particulares é lícito fazer tudo aquilo que a lei não lhe proíba.

Em contrapartida, tal dedução não tem aplicabilidade no âmbito da atividade administrativa, ao passo que, na medida em que para os particulares a regra aplicável é a da autonomia da vontade, no âmbito público, a Administração Pública não detém vontade autônoma, estando sua atuação coadunada a lei, a qual expressa a vontade manifestada indiretamente, pelos representantes do povo, titular originário do Poder Público.

Ou seja, a principal diferença do princípio da legalidade para os particulares e para Administração, é que aqueles podem fazer tudo o que a lei não proíba, enquanto esta só pode fazer o que a lei determine ou autorize. Inexistindo previsão legal, não há possibilidade de atuação administrativa.

Corroborando os argumentos acima expostos, Maria Sylvania Di Pietro ensina que, "*A Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei.*"²

Portanto, no âmbito da atividade administrativa, é legítimo afirmar que a vontade da Administração Pública é a que decorre de lei, daí a importância do Princípio da Legalidade nas nomeações de servidores para cargos públicos, uma vez que as contratações devem respeitar a norma constitucional.

2.2.1 - DA IMPESSOALIDADE

O princípio da impessoalidade tem como premissa básica a atuação impessoal do administrador público, vedando comportamento discriminatório por parte da Administração, que no exercício de sua atividade administrativa deve agir com imparcialidade, tanto perante seus administrados, quanto para com os seus servidores.

² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 26º ed. São Paulo. Atlas, 2013. p.65.

Sob esta ótica, José dos Santos Carvalho Filho, define que, "[...] Assim, portanto, deve ser encarado o princípio da impessoalidade: a Administração há de ser impessoal, sem ter em mira este ou aquele indivíduo de forma especial."³

Em sua própria obra, Carvalho Filho faz referência a obra de José Afonso da Silva, na qual este dá sentido diverso ao princípio, asseverando que o Princípio da impessoalidade 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"⁴.

Maria Sylvia Di Pietro elucida brilhantemente as duas vertentes supracitadas. Segundo a grande doutrinadora:

*Exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração. No primeiro sentido, o princípio estaria relacionado com a **finalidade pública** que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento. (...) No segundo sentido, o princípio significa, segundo José Afonso da Silva (2003:647), baseado na lição de Gordillo que "os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal".⁵*

Não obstante, a impessoalidade também pode ser analisada como uma faceta do princípio da *isonomia*, objetivando a igualdade de tratamento que a Administração deve conceder aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica⁶.

Sob, a ótica do *princípio da finalidade*, é imprescindível que a Administração atue com base exclusivamente no interesse público, e não particular, vedando-se, por conseguinte, que sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros.

Ou seja, para que haja a verdadeira impessoalidade, o alvo a ser alcançado pela Administração deve ser sempre pautado no interesse público, pois, em caso contrário, isto é, perseguindo o interesse particular, haverá sempre uma atuação discriminatória.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26º ed. São Paulo. Atlas, 2013. p.21.

⁴ DA SILVA, José Afonso. Direito Constitucional Positivo. 39º ed. São Paulo. Malheiros, 1976. p.562.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26º ed. São Paulo. Atlas, 2013. p.68.

⁶ DI PIETRO, *Ibidem*.

A associação entre impessoalidade e finalidade é abonada também por Hely Lopes Meireles:

O princípio da *impessoalidade*, referido na Constituição/88 (art.37, *caput*), nada mais é que o clássico princípio da *finalidade*, o qual se impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu *fin legal*. E o *fin legal* é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, *de forma impessoal*⁷.

2.2.2 DA MORALIDADE

A expressa previsão do Princípio da moralidade na Constituição tornou jurídica a exigência de atuação ética dos agentes da Administração Pública no desempenho de suas funções.

Tal previsão exige que a Administração desenvolva a atividade administrativa de modo leal, adstrita a ideia de probidade e de boa-fé no trato com a "coisa pública".

Fernanda Marinela, faz importante diferenciação entre a moral administrativa e a moral comum, segundo a jurista brasileira:

O princípio da **moralidade administrativa** não se confunde com a moralidade comum. Enquanto a última preocupa-se com a distinção entre o bem e o mal, a primeira é composta não só por correção de atitudes, mas também por regras de boa administração, pela ideia de função administrativa, interesse do povo, de bem comum. Moralidade administrativa está ligada ao conceito de bom administrador.⁸

Hely Lopes Meirelles, em sua obra, faz referência a obra de três autores do direito francês, a saber, Maurice Hauriou⁹, Henri Welter¹⁰ e Lacharrière¹¹, citando trechos nos quais os mesmos desenvolvem brilhante conceituação da moral administrativa:

A *moralidade administrativa* constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (CF, art. 37, *caput*). Não se trata - diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito - da *moral comum*, mas sim de uma *moral jurídica*, entendida como "o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração". Desenvolvendo sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo

⁷ MEIRELES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 38º ed. São Paulo. Malheiros, 2012. p.93.

⁸ MARINELA, Fernanda. Direito administrativo. 6ªed. Niterói. Impetus, 2012. pag.39.

⁹ HAURIOU, Maurice. *Précis Élémentaires de Droit Administratif*. Paris, 1926.

¹⁰ WELTER, Henri. *Le contrôle juridictionnel de la Moralité Administrative*. Paris, 1929.

¹¹ LACHARRIÈRE, *Le Contrôle Hiérarchique de l'Administration dans la Forme Jurisdictionnel*. Paris, 1938.

que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: "non omne quod licet honestum est". A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a *moral administrativa* é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum.

Desenvolvendo o mesmo conceito, em estudo posterior, Welter insiste em que "a moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras de boa administração, ou seja: pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas não só pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela ideia geral de administração e pela ideia de função administrativa". Tal conceito coincide com o de Lacharrière, segundo o qual a moral administrativa, "é o conjunto de regras que para disciplinar o exercício do poder discricionário da Administração, o superior hierárquico impõe aos seus subordinados."¹²

No mais, é importante ressaltar, que o princípio da moralidade deve ser observado não apenas pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública.

Ora, ao terceiro que realiza contrato com o Poder Público também lhe é vedado comportamento anti ético, sob pena de invalidação de eventuais atos praticados, seja em contrato realizado com a Administração Pública ou a pratica de atos, em representação desta, mediante delegação.

Na mesma linha, é o ensinamento de Maria Sylvia Di Pietro:

Em resumo, 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 equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo a ofensa ao princípio da moralidade administrativa.¹³

Muitos autores asseveram que a moralidade administrativa complementa, ou torna mais efetivo, materialmente, o princípio da legalidade. Isto porque, ao agente público, no exercício de suas funções, não basta o mero cumprimento formal da lei na frieza de sua letra. É necessário que atenda à letra e ao espírito da lei, isto é, o objetivo implícito, no qual a lei busca um determinado fim coadunado no interesse público. É necessário que o legal, se junte ao ético, e que o agente tenha probidade e boa-fé.

Neste sentido, é a acepção de Hely Lopes Meirelles:

O certo é que a *moralidade* do ato administrativo juntamente com a sua *legalidade* e *finalidade* além da sua adequação aos *demais princípios*, constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima.¹⁴

¹² MEIRELES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 38º ed. São Paulo. Malheiros, 2012. p.91.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26º ed. São Paulo. Atlas, 2013. p.79.

¹⁴ MEIRELES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 38º ed. São Paulo. Malheiros, 2012. p.91.

2.2.3 DA PUBLICIDADE

O princípio da publicidade, dos cinco princípios expressos no art. 37, caput, da Constituição, é o que possui menor relevância ao tema do presente, mas é um importante princípio administrativo que objetiva a transparência do Administrador no trato com a "coisa pública".

Possui duas acepções, a primeira diretamente ligada a eficácia do ato administrativo, isto é, enquanto ainda não houver ocorrido a publicação do respectivo ato, o mesmo não está apto a produzir efeitos. E a segunda, concerne a exigência de transparência da atuação administrativa¹⁵.

A atividade transparente do Estado, tem sua previsão na Constituição, no art. 5º, inciso XXXIII, *in verbis*:

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

Saliente-se que a partir da leitura da parte final do dispositivo legal invocado é possível observar que não se trata de um direito absoluto, uma vez que aos atos relativos à segurança da sociedade e do Estado são assegurados o sigilo.

2.2.4 DA EFICIÊNCIA

A eficiência administrativa pode ser interpretada como a utilização mais produtiva de recursos econômicos, de modo a produzir os melhores resultados. Neste sentido, veda-se o desperdício ou a má utilização dos recursos destinados à satisfação de necessidades coletivas, pautadas pelo interesse público.

Tal princípio possui como premissa a obtenção do máximo de resultados com a menor quantidade possível de desembolsos pela Administração. A eficiência possui como corolário a boa qualidade da prestação dos serviços públicos, e a partir de sua positivação na Constituição, como norte da atividade administrativa, a sociedade passa a dispor de base jurídica expressa para exigir a efetividade dos serviços prestados pelo Poder Público.

Segundo a professora Maria Sylva Di Pietro:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: Pode ser considerado em relação ao **modo de atuação do agente público**, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados;

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26º ed. São Paulo. Atlas, 2013.

E em relação ao **modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública**, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.¹⁶

Ora, ao agente público é imperativo que atue de maneira eficiente privilegiando sempre a aferição dos melhores resultados no menor tempo, e utilizando o mínimo de recursos possível, mas também é necessário que a Administração pública mantenha a sua estrutura organizada, com as áreas de atuação bem definidas, com o escopo de proporcionar o melhor atendimento e serviço a coletividade.

Seguindo essa linha e de pensamento, Hely Lopes Meirelles¹⁷ fala na eficiência como um dos deveres da Administração Pública, definindo-o como:

O que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Acrescenta, ainda, o consagrado autor, que:

Esse dever de eficiência bem lembrado por Carvalho Simas, corresponde ao 'dever de boa administração' da doutrina italiana, o que já se acha consagrado, entre nós, pela Reforma Administrativa Federal do Dec. - lei 200/67, quando submete toda a atividade do executivo ao controle de resultado (arts. 13 e 25, V), fortalece o sistema de mérito (art. 25, VII), sujeita a Administração indireta a supervisão ministerial quanto à eficiência administrativa (art. 26, III) e recomenda a demissão ou dispensa do servidor comprovadamente ineficiente ou desidioso (art.100) (grifo nosso).

Trata-se, portanto, de importante princípio, com vistas a maximizar os resultados, e atividades exercidas pela Administração Pública, evitando o desperdício de tempo e recursos, que afetariam direta ou indiretamente o erário, e o desenvolvimento econômico do respectivo ente.

2.3 PRINCÍPIOS RECONHECIDOS

Além dos princípios expressos, existem também princípios reconhecidamente aceitos pela Doutrina e Jurisprudência, que possuem a mesma relevância que aqueles expressos no art. 37 da Constituição. Tais princípios implícitos também servem de orientação para a Administração no desempenho de sua atividade administrativa.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26º ed. São Paulo. Atlas, 2013. p.84.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 28º ed. São Paulo. Malheiros, 2003. p.102

São eles, citados pela Doutrina e Jurisprudência, em sua maioria, os princípios da **Supremacia do Interesse Público, da Autotutela, da Indisponibilidade, da Continuidade dos Serviços Públicos, da Segurança Jurídica, da Precaução**, entre outros.

Dos princípios citados acima, os que possuem maior relevância para o objeto do presente, são os princípios da supremacia do interesse público, da Autotutela e o da Razoabilidade. Vamos a eles.

2.3.1 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

O princípio implícito da supremacia do interesse público é um princípio fundamental do regime jurídico administrativo brasileiro. Com base nele, presume-se que toda atuação do Estado seja pautada pelo interesse público, cuja determinação deve ser extraída da Constituição e das leis, que por sua vez representam a manifestação da "vontade geral". Dessa forma, lógico é que a atuação do Estado subordine os interesses privados.¹⁸

De acordo com este princípio, na hipótese fática em que ocorra conflito entre interesses públicos e privados, deverão sempre prevalecer os interesses da coletividade. Tal princípio obriga os administradores a atuar de forma a fazer prevalecer o interesse público sobre o privado.

Assim sendo, fato é que ele é um dos princípios basilares da atividade administrativa como um todo, estando presente, tanto no momento da elaboração das leis quanto de sua execução pela Administração Pública. Serve de inspiração para o legislador e vincula a atuação do administrador público.¹⁹

Desse modo, não resta dúvidas que na criação e nomeação de cargos comissionados deve prevalecer o interesse público sobre os interesses particulares das autoridades.

2.3.2 PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA

O princípio da autotutela, pode ser interpretado também como o poder de autotutela administrativa, tratando-se de uma verdadeira prerrogativa ou um dever do Poder Público. Tal poder possibilita à administração pública controlar seus

¹⁸ ALEXANDRINO Marcelo; PAULO Vicente. Direito administrativo descomplicado, 21 Ed. São Paulo: Editora Método, 2013. p. 182.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Direito Administrativo. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 65 e 67.

próprios atos, apreciando-os quanto ao mérito e quanto a legalidade, podendo **anula-los**, em caso de ilegalidade, ou **revoga-los**, quando inconvenientes ou inoportunos, não excluindo eventual apreciação da matéria pelo Poder Judiciário.

A administração pública, no exercício de sua Atividade administrativa, esta sujeita a erros, em razão da realização de múltiplas atividades; Nesse caso, ela possui a prerrogativa de tomar a iniciativa de repara-los, a fim de restaurar a situação de regularidade pré-existente, zelando pelo interesse público, exercendo um verdadeiro controle sob suas ações.

É nesse sentido, a lição de Carvalho Filho:

A administração pública comete equívocos no exercício de sua atividade, o que não e nem um pouco estranhável em vista das múltiplas tarefas a seu cargo. Defrontando-se com esses erros, no entanto, pode ela mesma revê-los para restaurar a situação de irregularidade. Não se trata apenas de uma faculdade, mas também de um *dever*, pois que não se pode admitir que, diante das situações irregulares permaneça inerte e desinteressada. Na verdade, só restaurando a situação de regularidade é que a Administração observa o princípio da legalidade, do qual a autotutela é um dos mais importantes corolários.²⁰

Além do mais, não há necessidade da provocação da Administração para o fim de revisar seus atos, podendo fazê-lo de ofício. Interessante diferenciação, nesse aspecto, do controle judicial (não objeto de discussão) e controle administrativo de legalidade decorrente da *autotutela*, uma vez que para a realização daquele o Poder Judiciário deve necessariamente ser sempre provocado.

Saliente-se, que o princípio da autotutela autoriza o controle pela Administração dos atos por ela praticados sob dois aspectos, são eles:

- a) de **legalidade**, em que Administração pode, de ofício ou mediante provocação, **anular** os seus atos **ilegais**;
- b) de **mérito**, em que examina a conveniência e oportunidade de manter ou desfazer um ato **legítimo**, nesse último caso mediante **revogação**.²¹

A Administração não exerce o poder-dever de autotutela apenas em relação a atos ilegais, anulando-os. Aqueles atos válidos, sem qualquer vício, que no decorrer do tempo se tornarem inconvenientes ao interesse público, também podem ser retirados do mundo jurídico, mediante **revogação**.

²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 26º ed. São Paulo. Atlas, 2013. p.34.

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26º ed. São Paulo. Atlas, 2013.

Mister salientar, que os atos válidos, que se tornarem inconvenientes, apenas podem ser revogados pela Administração que editou o respectivo ato, uma vez que o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional, nunca aprecia a conveniência de um ato (mérito), mas tão somente a sua legalidade e legitimidade. Cabe ao ente administrativo responsável pela publicação do ato que se tornara inconveniente, revoga-lo, no uso de seu Poder discricionário, se assim entender conveniente.

Logo, entende-se que a **revogação** de atos administrativos, com fundamento em razões de conveniência e oportunidade administrativa, com base em seu Poder Discricionário, é de exercício exclusivo pela própria Administração que tenha praticado o ato. Além disso, conforme já exposto, tanto na revogação quanto na anulação, a Administração pode agir sem provocação (de ofício).

Quanto a **anulação**, Fernanda Marinela traz importante posicionamentos doutrinários,

Segundo a maioria da doutrina, trata-se de um dever, de uma obrigação do Poder Público, que encontra respaldo no princípio da legalidade e na própria leitura do dispositivo transcrito acima.²² No entanto, há alguns entendimentos divergentes que sustentam ser a anulação uma faculdade com fundamento no princípio da supremacia do interesse público. Para essa segunda orientação, o administrador deve preocupar-se com a anulação dos atos ilegais, podendo não fazê-la quando a sua retirada causar mais danos ao interesse público do que a sua própria manutenção. Assim, o administrador deve anular o ato, salvo quando a sua retirada causar danos graves ao interesse público, motivo que, considerando sua supremacia, justifica a manutenção do ato, não podendo perder de vista a proporcionalidade entre o benefício e o prejuízo causados, além do princípio da segurança jurídica.²³

Ou seja, segundo divergência doutrinária, a **anulação** pode ser tanto um *dever* da administração pública em anular o ato, uma vez constatada a sua ilegalidade, ou, ainda que o ato seja ilegal, deve-se observar, primeiramente, o interesse público, de modo que se a sua retirada causar danos à coletividade, tal ato devesse ser mantido com fundamento no Princípio da Supremacia do Interesse Público.

Ademais, há de se ressaltar que o princípio em comento já esta sedimentado nas sumulas nº346 e 473 do STF, *in verbis*:

346 - A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos.

²²Lei nº9.784/99, Art. 53 - A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revoga-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

²³ MARINELA, Fernanda. Direito administrativo. 6ªed. Niterói. Impetus, 2012. p.61.

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

Por fim, é importante lembrar que o Supremo Tribunal Federal já exarou entendimento no sentido de que, em relação a revogação de atos que afetem interesse do administrado, deve ser precedido da instauração de procedimento no qual se dê a oportunidade de contraditório.²⁴

2.3.3 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

O princípio da razoabilidade possui conexão direta com o princípio da proporcionalidade, sendo certo que ambos não possuem previsão expressa no texto constitucional. Mas, por sua ampla aplicabilidade, são, na verdade, princípios gerais de Direito, adequados a praticamente todos os ramos do Direito positivo.

Seguindo os ensinamentos de Carvalho Filho:

Razoabilidade é a qualidade do que é *razoável*, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa. Ora, o que é totalmente razoável para uns pode não o ser para outros. Mas, mesmo quando não o seja, é de reconhecer-se que a valoração se situou dentro dos *standards* de aceitabilidade. Dentro desse quadro, não pode o juiz controlar a conduta do administrador sob a mera alegação de que não a entendeu *razoável*. Não lhe é lícito substituir o juízo de valor do administrador pelo seu próprio, porque a isso se coloca o óbice da separação de funções, que rege as atividades estatais. Poderá, isto sim, e ate mesmo deverá, controlar os aspectos relativos à legalidade da conduta, ou seja, verificar se estão presentes os requisitos que a Lei exige para a validade dos atos administrativos. Esse é o sentido que os Tribunais tem emprestado ao controle.²⁵

Em curtas linhas, este princípio tem como objetivo aferir a compatibilidade entre os meios empregados e os fins visados na pratica de um ato administrativo, de modo a evitar restrições aos administrados de maneira abusiva ou arbitrária por parte da Administração Pública.

Para Diogo de Figueiredo Neto:

A razoabilidade, agindo como um limite à discricão na avaliação dos motivos, exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atenda a sua finalidade pública específica; agindo também como um limite à discricão na escolha do objeto, exige que ele se

²⁴ (RE 594.296/MG, rel. Min. Dias Toffoli, 21.09.2011, Pleno, unânime, decisão de mérito com repercussão geral).

²⁵ CARVALHO FILHO, José dos santos. Manual de direito administrativo. 26º ed. São Paulo. Atlas, 2013. p.40

conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida.²⁶

Lúcia Valle Figueiredo também faz menção a esse princípio. Segundo a grande jurista brasileira:

Discricionariedade é a competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, **dentro de um critério de razoabilidade**, e afastado de seus próprios *standards* ou **ideologias**, portanto, dentro do critério da razoabilidade geral, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma.²⁷

Maria Sylvia Di Pietro elucida bem a diferenciação entre o princípio da razoabilidade e proporcionalidade:

Embora a Lei nº9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque, o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige **proporcionalidade** entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos friso da lei, mas diante do caso concreto. Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução. Se a decisão é **manifestamente inadequada** para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade.²⁸

Em relação ao princípio da proporcionalidade, Carvalho Filho entende que:

O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o *excesso de poder*, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido.

Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de se revestir-se de triplice fundamento: (1) *adequação*, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; (2) *exigibilidade*, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; (3) *proporcionalidade em sentido estrito*, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.

O princípio, que grassou no Direito Constitucional, hoje incide também no Direito Administrativo como forma de controle da Administração Pública. É necessário, contudo, advertir que, embora o aludido princípio possa servir

²⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito Administrativo. 8º ed. Rio de Janeiro. Forense, 1989. p.128-129.

²⁷ FIGUEIREDO, Lucia Valle. Direito administrativo. 9º ed. São Paulo. Malheiros, 2008. p.128.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26º ed. São Paulo. Atlas, 2013. p.81.

como instrumento de controle da atividade administrativa, sua aplicação leva em conta, repita-se, o excesso de poder. Não pode, porém, interferir no critério discricionário de escolha do administrador público, quando este tiver à sua disposição mais de uma forma lícita de atuar, oportunidade em que estará exercendo legitimamente seu poder de administração pública. Em consequência, sua aplicação exige equilíbrio e comedimento por parte do julgador, que deverá considerar com acuidade todos os elementos da hipótese sob apreciação; se não o fizer, ele mesmo será o agente violador do princípio que pretende aplicar.²⁹

A partir do exposto, pode-se concluir que ambos princípios constituem instrumentos de controle dos atos estatais abusivos, seja qual for a sua natureza. Ora, a instituição de cargos de livre nomeação e exoneração, excepcionalmente, nas hipóteses previstas na constituição, deve sempre ser pautada pelo princípio da razoabilidade mediante juízo de necessidade e conveniência, e também, o número de cargos deve ser diretamente proporcional ao número de servidores de carreira, conforme veremos adiante.

²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 26º ed. São Paulo. Atlas, 2013. p.42-43.

3 REGRA GERAL DE ACESSO A CARGOS PÚBLICOS E EXCEÇÕES PREVISTAS EM LEI

Via de regra, a via direta de ingresso para provimento em cargo público na Administração pública, é mediante concurso público. Com a promulgação da Constituição de 1988, tornou-se obrigatória a prévia aprovação em concurso público para o provimento de quaisquer cargos ou empregos na administração, seja ela direta, ou indireta³⁰.

No entanto, a partir da leitura do Art.37, II, da Constituição, o qual será analisado no próximo tópico, é possível afirmar que não estão abarcados na obrigatoriedade de certame público, a nomeação para cargos em comissão, os quais, por sua natureza, são de livre nomeação e exoneração, efetivados com base em critérios subjetivos da autoridade nomeante, os quais serão devidamente abordados e dissertados mais adiante.

Há de se salientar, também, que não se aplica tampouco a regra de concurso público, às contratações temporárias, ou melhor, aquelas realizadas com prazo determinado, com o escopo de atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, prevista no inciso IX do mesmo art.37 da Constituição, *in verbis*:

Art.37. [...]

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

Por fim, é importante ressaltar que existem outras formas de acesso previstas na Constituição, como por exemplo, a exceção criada pela EC nº 51, de 2006, que trouxe o processo seletivo público, destinado a contratação de agentes de saúde pelas unidades dos SUS, mas tais formas de acesso não serão objeto de ANÁLISE do presente estudo.

Dito isto, cumpre pontuar as duas formas de acesso aqui destacadas, o concurso público e a livre nomeação e exoneração.

3.1 CONCURSO PÚBLICO

³⁰ Aqui estão inseridas também as empresas públicas e sociedades de economia mista, pessoas jurídicas de direito privado integrantes da administração indireta.

Consoante ensinamento do Prof. Hely Lopes Meirelles³¹, o concurso público é o meio técnico posto à disposição da administração para obter-se a moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público, e ao mesmo tempo, atender ao princípio da isonomia, uma vez que propicia igual oportunidade de acesso aos cargos e empregos públicos a todos os que atendam aos requisitos estabelecidos de forma geral e abstrata em lei.

Na mesma linha é a lição de Carvalho Filho:

Concurso público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecida sempre a ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos.³²

Desta feita, pode-se considerar, que a exigência de aprovação em concurso público, de provas, ou de provas e títulos, configura-se como a regra geral de condição de ingresso no serviço público.

A obrigatoriedade de concurso público esta prevista no artigo 37, inciso II, da Carta Magna, *in verbis*:

Art.37. [...]

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

O concurso público possui prazo de validade, condição imposta para que seja possível a sua renovação e a candidatura de outros interessados, abrangendo um maior alcance. Consoante a regra do Art.37, Inciso III da CF, *in verbis*:

Art. 37. [...]

III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

Assim sendo, o concurso público terá prazo máximo de 2 (dois) anos, podendo ser prorrogado somente uma vez, por igual período, a depender das necessidades da Administração. Ressalte-se, que tal prorrogação se dá por igual período, ou seja, se o concurso foi estipulado inicialmente com o prazo de 1 (um)

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 38º ed. São Paulo. Malheiros, 2012.

³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 26º ed. São Paulo. Atlas, 2013. p.628.

ano, o prazo de prorrogação somente poderá ser feita com a mesma duração do prazo inicialmente projetado para o concurso.

Além disso, em caso de término do prazo estipulado, com ou sem prorrogação, não havendo novas vagas, os aprovados não podem pleitear em juízo a investidura. Com o esgotamento do prazo, consuma-se a caducidade do concurso, de modo que eventuais interessados deverão submeter-se a novo concurso.

A respeito do assunto, o TJ-RJ entende que, "*se ao término final do prazo do concurso, já revalidado, inexistente vaga a atingir concursado, direito não há a beneficiar àquele que, aprovado, não se encontra na classificação em posição de ser nomeado*".³³

3.2 LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO

A livre nomeação, e exoneração, configura-se como a liberdade conferida constitucionalmente à Administração Pública para escolher as pessoas que vão ocupar os cargos em comissão e as funções de confiança em sua estrutura administrativa. A autoridade nomeante não necessita de justificar os motivos, tanto na nomeação, quanto na exoneração.

Tal faculdade conferida aos administradores públicos, difere-se das normas aplicáveis ao concurso público, uma vez que, no aludido certame, a interferência dos administradores no processo seletivo é mínima, não havendo margem para favorecimento de candidato de sua preferência, sem contar o fato de que o ocupante de cargo efetivo possui a prerrogativa constitucional da permanência no cargo, independentemente da vontade de seu superior.

No mais, nos cargos de livre nomeação, as atividades a serem desempenhadas necessariamente dependem da relação de confiança entre superior e subordinado. Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. CARGO EM COMISSÃO. OFICIAL DE JUSTIÇA. Lei 12.499, de 12.12.94, do Estado de Goiás. C.F., art. 37, II, I. - Cargos de Oficial de Justiça instituídos em comissão: inconstitucionalidade. **Somente os cargos que pressuponham o vínculo de confiança a autorizar a livre nomeação e exoneração e que podem ser instituídos em comissão, o que não ocorre com o cargo de Oficial de Justiça, sujeito a regra constitucional do concurso público.** (C.F., art. 37, II). II. - Suspensão cautelar da eficácia do art. 2. da Lei 12.499, de 12.12.94, do Estado de Goiás. (grifo nosso).³⁴

³³ ApCív nº3.542/97-Capital, 5ª CCív, Rel. Des. WALTER FELIPPE D'AGOSTINHO, reg. em 9.10.1997 (apud ADCOAS 8158000).

³⁴ STF. ADI nº 1.269/GO-MC, Relator o Ministro Carlos Velloso. Publicação, DJ de 25/8/95.

Ademais, a livre nomeação e exoneração, em sua essência, possui grande relevância para a efetividade da atividade administrativa executada pela Administração Pública. Isto porque, ela confere aos gestores públicos a premissa para que escolham as pessoas de sua confiança, que entendam ser as melhores para a execução de determinada tarefa.

Além disso, constatando-se que os resultados do serviço prestado pelo servidor não estejam sendo bons, e ineficientes, o superior pode substituí-lo a qualquer tempo, exonerando-o, sem necessidade de motivação.

Por fim, ressalte-se que a nomeação, na livre escolha, é uma decisão de cunho essencialmente político, uma vez que não há necessidade de motivação do ato. Entendendo o gestor, que determinada pessoa é a mais capacitada para o cargo, ele tem a prerrogativa de nomeá-la, desde que exista expressa previsão em lei, do cargo por ela a ser ocupado. Da mesma forma, a exoneração é *ad nutum*, ou seja, o superior é livre para realizá-la sem a necessidade de garantir o contraditório e ampla defesa ao servidor exonerado, tampouco necessita de motivar o ato.

Ultrapassadas estas questões acerca do acesso aos cargos na Administração Pública, vamos agora ao estudo dos cargos e funções públicas propriamente ditos.

4 SISTEMATIZAÇÃO DOS CARGOS/FUNÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1 CARGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS

Conforme estudamos acima, vimos as regras gerais de acesso a cargos públicos, sem adentrar na esfera de elucidação destes. O presente tópico tem como objetivo à definição de conceitos básicos acerca de cargos e funções públicas, buscando um melhor aprofundamento do tema.

Desde logo, frise-se que *Cargo público* e *Função pública*, não são expressões sinônimas. Acerca da diferenciação entre ambos, Meirelles ensina que:

Cargo público é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei.

Função é a atribuição ou o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais, sendo comumente remunerada através de *pro labore*. Diferencia-se, basicamente, do cargo em comissão pelo fato de não titularizar cargo público.³⁵

Corroborando este entendimento, Carvalho Filho os define como:

Cargo público é o lugar dentro da organização funcional da Administração Direta e suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração fixadas em lei ou diploma a ela equivalente.

A *função pública* é a atividade em si mesma, ou seja, função é sinônimo de atribuição e corresponde às inúmeras tarefas que constituem o objeto dos serviços prestados pelos servidores públicos. Nesse sentido, fala-se em função de apoio, função de direção, função técnica.³⁶

Logo, pode-se dizer que, *cargo público* corresponde a um lugar na organização funcional da Administração Pública, de direito público, com regime estatutário ou institucional, não contratual, definido em lei, que tem sua criação e extinção definidas por lei, com número certo e denominação própria e remuneração correspondente; Ao passo que, *função pública* corresponde a um conjunto de atribuições e responsabilidades a serem desenvolvidas por um servidor, é a atividade em si por ele executada, propriamente dita.

É válido ressaltar, que não é incomum a confusão entre as nomenclaturas referente ao termo **função**. Isto se dá pelo fato de que, **função pública**, acima conceituada, não é a mesma coisa que **função de confiança**, comumente denominada de **função gratificada**, tampouco se assemelha, a **função comissionada**, conforme será analisado abaixo.

³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 38ª ed. São Paulo. Malheiros, 2012. p.470.

³⁶ CARVALHO FILHO, José dos santos. Manual de direito administrativo. 26ª ed. São Paulo. Atlas, 2013. p.611.

4.2. FUNÇÃO DE CONFIANÇA OU FUNÇÃO GRATIFICADA

A *função gratificada* possui previsão constitucional expressa no art.37, inciso V, da Constituição, que assim dispõe:

Art. 37. [...]

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; (grifo nosso)

A *função gratificada*, em verdade, indica uma *gratificação de função*, isto é, uma função especial, fora da rotina administrativa, atribuída a servidor efetivo, e normalmente de caráter de direção, chefia ou assessoramento, cujo exercício depende da escolha, e confiança da autoridade superior, ou nomeante.

Neste caso, em virtude da especificidade da atribuição imputada ao servidor, este percebe um *bônus* em acréscimo a seu vencimento, ou remuneração. Trata-se, pois, de vantagem pecuniária inerente ao exercício da função de confiança a ele atribuída por seu superior.

A título de exemplificação, remetemo-nos ao caso hipotético de um delegado titular de determinada comarca que é direcionado por seu superior ao cargo de diretor do departamento de divisão de inquéritos, pois o referido órgão encontra-se com diversos procedimentos paralisados em função do excesso de trabalho e falta de experiência do responsável por tal departamento, o que estaria prejudicando o regular funcionamento e a efetividade no serviço prestado. O superior escolheu o aludido delegado pois tem plena confiança em sua capacidade de reorganização do referido departamento. Dessa forma, o mesmo exercerá o labor apenas em relação a função gratificada de diretor do respectivo departamento, recebendo sua remuneração integral, mais o adicional inerente a função de confiança a ele atribuída.

Vale ratificar, que as *funções de confiança* necessariamente devem ser ocupadas por servidores efetivos, isto é, aprovados em concurso público e integrantes do quadro funcional da administração pública, e obrigatoriamente designam-se apenas às funções de direção, chefia e assessoramento. Além disso, por serem de confiança, são de livre nomeação e exoneração.

Ratificando este entendimento, Hely Lopes Meirelles preleciona:

Em face da EC 19, as *funções de confiança*, que só podem ser exercidas por servidores ocupantes de cargo efetivo, destinam-se, obrigatoriamente,

apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento (CF, art.37, V), que são de natureza permanente.³⁷
[...] Essas funções, por serem de confiança, a exemplo dos cargos em comissão, são de livre nomeação e exoneração.³⁸

Oportunamente, se faz prudente a diferenciação entre *função de confiança* e *cargo em comissão*, uma vez que ambos são de livre nomeação e exoneração, conforme será exposto no tópico abaixo.

4.3. FUNÇÃO DE CONFIANÇA E CARGO COMISSIONADO

A confusão entre as duas expressões é recorrente no sistema funcional brasileiro. Isto se dá pelo fato de que o art.37,V, utilizou a expressão "*funções de confiança*" de maneira vaga, o que abre margens para diversas interpretações, uma vez que existem diversas outras funções de confiança atribuídas a situações funcionais distintas, como por exemplo, aquelas inerentes a cargos em comissão.

Em agravo do exposto, a imprecisão fica ainda maior em razão da expressão "*funções comissionadas*", usada às vezes para indicar cargos em comissão, sendo, inclusive, utilizada por grandes autores, como é o caso de Hely Lopes Meirelles, que em sua obra faz alusão às *funções de confiança*, como *funções comissionadas*:

Essas funções, por serem de confiança, a exemplo dos cargos em comissão, são de livre nomeação e exoneração. E tem sido chamadas de funções comissionadas ou de funções gratificadas.³⁹

Registre-se, que as *funções de confiança*, ainda que de livre nomeação e exoneração, são reservadas exclusivamente aos servidores ocupantes de cargo efetivo, independentemente de estarem lotados em órgão diverso. Trata-se de norma de eficácia plena, pois, a partir da leitura do Art.37, inciso V, da Constituição, verifica-se a previsão de que tais funções deveram ser ocupadas exclusivamente por servidores de carreira.

Em contrapartida, quanto aos *cargos em comissão*, estes sim, podem ser ocupados por pessoas que não pertencem aos quadros funcionais da Administração, isto é, não necessariamente necessitam ser ocupados em sua

³⁷ Aqui, o consagrado autor faz alusão ao parágrafo único do art. 9º da Lei nº 8.112/90, que assim dispõe: As funções de direção, chefia e assessoramento têm natureza permanente.

³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 38º ed. São Paulo. Malheiros, 2012. p.470.

³⁹ MEIRELLES, *Idem*.

integralidade por servidores efetivos, podendo ser nomeada qualquer pessoa de confiança da autoridade nomeante.

Não obstante, observa-se, a partir da leitura do teto constitucional, que os cargos comissionados deverão ser preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei. Ou seja, ainda que não obrigatória a nomeação de servidor ocupante de cargo efetivo, a lei resguarda um percentual mínimo de cargos em comissão a ser preenchidos por servidores concursados.

É nesta linha, o ensinamento de Carvalho Filho:

Vale a pena registrar, desde logo, que cargos em comissão podem ser ocupados por pessoas que não pertencem aos quadros funcionais da Administração, ao passo que as funções gratificadas (ou funções de confiança, no dizer da Constituição) são reservadas exclusivamente aos servidores ocupantes de cargo efetivo, ainda que sejam lotados em órgão diverso.⁴⁰

Feitas as devidas anotações, passaremos agora ao estudo individualizado dos cargos públicos.

4.4. TIPIIFICAÇÃO DOS CARGOS PÚBLICOS

Os cargos públicos podem ser classificados em três categorias:

- a) cargos vitalícios ou de provimento vitalício;
- b) cargos efetivos ou de provimento efetivo; e
- c) cargos em comissão ou de provimento em comissão.

Carvalho Filho elucida bem essa questão, explicando cada um dos cargos citados acima:

Cargos vitalícios são aqueles que oferecem a maior garantia de permanência a seus ocupantes. Somente através de processo judicial, como regra, podem os titulares perder seus cargos (art.95, I, CF). Desse modo, torna-se inviável a extinção do vínculo por exclusivo processo administrativo (salvo no período inicial de dois anos até a aquisição da prerrogativa). A vitaliciedade configura-se como verdadeira prerrogativa para os titulares dos cargos dessa natureza e se justifica pela circunstância de que é necessária para tornar independente a atuação desses agentes, sem que sejam sujeitos a pressões eventuais impostas por determinados grupos de pessoas. A vitaliciedade tem previsão constitucional. Atualmente são cargos vitalícios os dos magistrados (art.95, I, CF), os dos membros do Ministério Público (art.128, §5º, I, a, CF) e os dos membros dos Tribunais de Contas (art.73,§3º, CF). Por se tratar de prerrogativa de sede constitucional,

⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 26º ed. São Paulo. Atlas, 2013. p.611.

em função da qual cabe ao Constituinte aferir a natureza do cargo e da função para atribuí-la, não podem Constituições Estaduais e Leis Orgânicas municipais, nem mesmo lei de qualquer esfera, criar outros cargos com a garantia da vitaliciedade. Consequentemente, apenas Emenda à Constituição Federal poderá fazê-lo.

Cargos efetivos são aqueles que se revestem de caráter de permanência, constituindo a maioria absoluta dos cargos integrantes dos diversos quadros funcionais. Com efeito, se o cargo não é vitalício ou em comissão, terá que ser necessariamente efetivo. Embora em menor grau que nos cargos vitalícios, os cargos efetivos também proporcionam segurança a seus titulares: a perda do cargo, segundo emana do art.41,§1º, da CF, só poderá ocorrer, depois que adquirirem a estabilidade se houver sentença judicial ou processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa, e agora também em virtude de avaliação negativa de desempenho, como introduzido pela EC nº19/1998.

Os *cargos em comissão*, ao contrário dos tipos anteriores, são de ocupação transitória. Seus titulares são nomeados em função da relação de confiança que existe entre eles e a autoridade nomeante. Por isso é que na prática alguns os denominam de *cargos de confiança*. A natureza desses cargos impede que os titulares adquiram estabilidade. Por outro lado, assim como a nomeação para ocupá-los dispensa a aprovação prévia em concurso público, a exoneração do titular é despida de qualquer formalidade especial e fica a exclusivo critério da autoridade nomeante. Por essa razão é que são considerados de livre nomeação e exoneração (art.37, II, CF).⁴¹

O brilhante autor faz referência a três tipos de cargos, os *cargos vitalícios*, *cargos efetivos* e, por último, *cargos em comissão*, e são os dois últimos os que mais interessam à presente produção, razão pela qual passaremos para um estudo aprofundado acerca dos mesmos mais adiante.

Saliente-se, que, conforme exhaustivamente exposto, a regra constitucional de acesso a cargos públicos é mediante concurso público. Os cargos em comissão destinam-se apenas à funções de *chefia*, *direção* e *assessoramento*.

Por óbvio, a lei não pode criar tais cargos em detrimento de outros de cunho permanente, nem deve a autoridade nomeante, nomear servidores para cargos comissionados com finalidades dissociadas das respectivas funções a eles incumbidas pela Constituição, conforme abordaremos nos próximos capítulos.

Além disso, conforme estudado no capítulo anterior, a constituição resguarda um percentual mínimo de cargos comissionados a ser preenchido por servidores de carreira, tratando-se de importante limitação constitucional a livre nomeação e exoneração de servidores comissionados.

Tal previsão é perfeitamente razoável, no sentido de coibir eventuais loteamentos de cargos pelas autoridades, pois muitas vezes estes cargos acabaram virando moeda de troca, onde no provimento são colocadas pessoas em detrimento

⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 26º ed. São Paulo. Atlas, 2013. p.613.

de suas filiações político-partidárias, sem qualquer critério profissional ou técnico, objetivando satisfazer interesse próprio.

Ressaltados estes pontos, vamos ao estudo individualizado acerca dos *cargos efetivos e cargos em comissão*.

4.5. CARGOS EFETIVOS

Consoante ensinamentos de Marçal Justen Filho, cargo efetivo é, "aquele sujeito a regime jurídico próprio no tocante à exoneração e futura inativação, cujo provimento é condicionado ao preenchimento de requisitos objetivos usualmente avaliados mediante concurso público".⁴²

Logo, os cargos efetivos possuem regime jurídico próprio, no qual, os seus portadores tem direito a uma serie de direitos e prerrogativas, dentre as quais, estão presente, a irredutibilidade dos vencimentos (art.37, XV da CF), o direito à estabilidade no cargo (art.41 da CF), dentre outros.

A irredutibilidade de vencimentos dos servidores efetivos esta prevista no art. 37, inciso XV da Constituição:

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

[...]

XV o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (grifo nosso).

Tal garantia faz parte do conjunto de medidas que visam dar segurança ao servidor, para que o mesmo atue não de acordo com os interesses de seus superiores, mas em defesa do interesse público, estabelecido por lei.

Além da irredutibilidade de vencimentos, outra característica dos cargos efetivos é que os mesmos são *permanentes*, isto é, conferem à seu titular o direito de permanência no cargo. Assim, a ocupação do cargo pelo servidor se dá de modo permanente, sem transitoriedade. Dai a necessidade destes cargos serem próprios para o desempenho de atividades subalternas, isto é, não relacionadas as funções de chefia, direção e assessoramento.

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 597

Conforme previsão constitucional, o direito à estabilidade no cargo é obtido após três anos de exercício. Uma vez adquirida estabilidade, o servidor só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado, isto é, sem possibilidade de recurso, mediante processo administrativo em que lhe tenha sido assegurada a ampla defesa, ou mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa, conforme dispõe o art.41, inciso I a III da CF, *in verbis*:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

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.

Há de se ressaltar, a exceção prevista no artigo 169 § 4º, o qual cito abaixo, que prevê a perda de cargo para servidores efetivos para atender os limites com despesas de pessoal. Todavia, nota-se, que o Poder público, antes de proceder a exoneração dos servidores permanentes, terá que atender uma série de medidas, como a redução de pelo menos 20% (vinte por cento) dos cargos comissionados e funções de confiança, além da exoneração dos servidores não estáveis (art.169, §3º, I e II, CF).

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

[...]

§ 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:

I - **redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;**

II - **exoneração dos servidores não estáveis.**

§ 4º **Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.** (grifo nosso).

Frente ao exposto, é possível afirmar que os cargos efetivos possuem duas características fundamentais inerentes ao Estado de direito, a saber, a segurança e

a isonomia, tanto em seu âmbito interno, quando no seu relacionamento com o administrado.

Isto porque, a exigência da realização de concurso público e publicação de edital contendo os requisitos atinentes ao cargo, assim como do conteúdo programático da prova, confere segurança aos administrados. Além do mais, o regime jurídico estabelecido em lei (estatuto), concede aos servidores direitos e garantias, de modo que os mesmos estão protegidos de eventual abuso de poder, garantindo uma relação estável entre a Administração, e seus servidores.

Por fim, a isonomia esta presente em função do fato de que os cargos efetivos são acessíveis mediante concurso público, o qual confere igualdade de oportunidades ao acesso aos eventuais interessados. Da mesma forma, o regime jurídico previsto em lei, não deixa margem para discriminação por parte dos superiores, favorecendo ou desfavorecendo qualquer servidor.

4.6. CARGOS COMISSIONADOS

Conforme estudado no capítulo anterior, os cargos comissionados diferem do regime jurídico dos servidores efetivos, uma vez que, ao contrário destes, são revestidos de transitoriedade.

Pensando em conferir maior agilidade e conseqüentemente maior eficiência à administração, de modo a permitir que a admissão e dispensa de pessoal seja mais célere, sem contar no fato de que escolha para o cargo, seja de pessoa de confiança a critério do superior, o legislador constitucional estabeleceu a possibilidade de provimento em cargos comissionados.

Dispõe a constituição, que os cargos comissionados são aqueles em que só se admite provimento em caráter provisório, de livre nomeação e exoneração e destinados apenas à atribuições de direção, chefia e assessoramento (art.37, II e V, CF).

Nesse contexto, os cargos em comissão caracterizam-se pela inexistência de segurança à seu titular, em relação à sua permanência no cargo. Ora, a sua permanência depende, não só , de sua confiança com o seu superior, mas também, da conveniência de sua permanência para Administração.

Além do mais, por se tratarem de cargos de nomeação e exoneração *ad nutum*, não há necessidade que a autoridade justifique a nomeação ou exoneração

do subordinado, daí porque se afirma que tais cargos são ocupados transitoriamente por pessoa, que não possui o direito de nele permanecer indefinidamente.⁴³

Ressalte-se, por oportuno, a importância em se fazer a distinção entre a natureza do cargo, e seu caráter provisório. Segundo Meirelles:

A instituição de tais cargos é permanente, mas seu desempenho é sempre precário, pois quem os exerce não adquire direito à continuidade na função, mesmo porque a exerce por confiança do superior hierárquico, daí a livre nomeação e exoneração.⁴⁴

Por conseguinte, o cargo, em si, é permanente, pois integra a estrutura da Administração Pública, uma vez que foi criado por lei, só podendo ser extinto por outra lei ou excepcionalmente, como veremos no próximo tópico, por decreto, quando estiver vago. O mesmo não se pode dizer do servidor, que pode ser dispensado a qualquer hora, acaso seu superior entenda pertinente.

Ressalte-se, que a regra geral na Administração Pública é o provimento em caráter efetivo, e, em função disso, o legislador constitucional impôs a exigência de lei que defina limites mínimos em que os cargos em comissão deverão ser preenchidos por servidores concursados, que possuam vínculo com a Administração (art. 37, V, CF).

Ademais, em que pese os cargos comissionados dispensarem a exigência de concurso público, não é adequado afirmar que a escolha de seus ocupantes seja completamente livre. Isto se dá pelo fato de que devem ser observados os critérios estabelecidos pela lei e pela constituição, ou seja, tais cargos só podem ser destinados à funções de direção, chefia e assessoramento (art.37, V, CF). Acaso se constate, antes de sua criação, que o cargo tem características de cunho técnico, a lei deve criá-lo como cargo efetivo.

Por esta lógica, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal proferiu decisão no sentido de que não é válida a nomeação para cargos comissionados que não se destinem à atividades de direção, chefia ou assessoramento, conforme apelação, interposta pelo Governo do Distrito Federal:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA, DE PERDA DO OBJETO E DE NECESSIDADE DE FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. REJEIÇÃO. CARGOS EM COMISSÃO. ENCARREGADO E SECRETÁRIO DO DFTRANS. NÃO

⁴³ GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 489.

⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo. 40 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 489.

EXERCÍCIO DE ATIVIDADES DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO. EXONERAÇÃO.

Não é válida a nomeação para o desempenho de cargo comissionado que não se destine ao exercício de atividades de chefia, direção e assessoramento. - Recurso não provido. Unânime.

Como se vê, os cargos em comissões **são exceções, e não a regra. Ademais, a ordem constitucional é clara no sentido de que apenas para atribuições de direção, chefia e assessoramento é admissível a investidura pública nas funções de confiança e nos cargos em comissão.** Este eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios já se pronunciou sobre a inconstitucionalidade de norma distrital que cria cargos em comissão não destinados ao exercício das funções de direção, assessoramento ou chefia.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - INCISO II DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 1º DA RESOLUÇÃO Nº 168/2000, DA CÂMARA LEGISLATIVA DO DISTRITO FEDERAL - CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE CONTRA RESOLUÇÃO - POSSIBILIDADE - CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO - NÃO DESTINAÇÃO À ATIVIDADE DE CHEFIA, DIREÇÃO OU ASSESSORAMENTO - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA - VIOLAÇÃO AO ART.19, CAPUT E INCISO II, DA LODF.

1. É possível o controle abstrato de constitucionalidade de resoluções, em face da Lei Orgânica do Distrito Federal, uma vez presente o conteúdo normativo nelas inseridos, bem como o necessário revestimento de generalidade, impessoalidade e abstração que as informam.

2. A norma que cria cargos em comissão não destinados ao exercício de atividades de chefia, direção e assessoramento viola os princípios insculpidos no art. 19, caput e inciso II, da Lei Orgânica do Distrito Federal, máxime quando existem cargos efetivos similares.

3. **“No caso dos autos, verifica-se que os cargos mencionados pelo autor não correspondem, na realidade, às funções de chefia, direção e/ou assessoramento, o que viola a norma cogente do artigo constitucional aludido”**

4. Declarada, em tese, a inconstitucionalidade, com efeitos ex tunc e eficácia erga omnes, do inciso II do parágrafo único do art. 1º, da RESOLUÇÃO N. 168/2000, da Câmara Legislativa do Distrito Federal. (Acórdão n. 402679, 20060020064788ADI, Relator J.J. COSTA CARVALHO, Conselho Especial, julgado em 12/01/2010, DJ 08/02/2010 p. 31), (grifo nosso).⁴⁵

Consoante se verifica, o relator da apelação invocada deixa claro que é incompatível com a ordem constitucional vigente a nomeação para cargos comissionados direcionados à funções que não de direção, chefia e assessoramento.

Além disso, o fato de serem de livre nomeação e exoneração pode facilitar a corrupção e propiciar práticas como o nepotismo, o apadrinhamento político, ou outras formas de apropriação indevida de recursos públicos, na medida em que servidores comissionados podem ser pressionados, sob pena de perderem o

⁴⁵ DISTRITO FEDERAL. TJ-DF. Apelacao Cível nº 20110112287769 DF 0007868-23.2011.8.07.0018. 3ª Turma Cível. Relator: Otávio Augusto. Publicada em 19/08/2013. Disponível em . Acesso em 12/02/2015.

emprego, a atestar que receberam salário maior do que o que de fato recebem, ocasionando eventual desvio de verbas públicas.

Concluindo, há de se ressaltar que apesar de serem de livre nomeação e exoneração, a lei pode estabelecer certos limites para a ocupação de cargos comissionados, sem que isso signifique desvirtuar a sua característica. A lei pode por exemplo, determinar idade mínima de 21 (vinte e um) anos, como no caso dos Ministros de Estado (art. 87, da CF/98)⁴⁶, exigir diploma de bacharel em Direito, para os Diretores de Secretaria na Justiça Federal, proibir nomeações de determinados parentes⁴⁷, dentre outros casos.

4.6. INVESTIDURA

Pode-se conceituar o termo *investidura* como uma operação complexa, constituída de atos do Poder Público e de interessado, visando a permissão para o legítimo provimento do cargo público.⁴⁸ Constitui-se a investidura, de duas fases; são elas a *Nomeação* e a *Posse*. Consumada a investidura, o servidor está apto para o efetivo *Exercício* do cargo.

A *nomeação* é o ato administrativo pelo qual é materializado o provimento originário de um cargo. Via de regra, a *nomeação* exige que o nomeado tenha sido previamente aprovado em concurso público, e além disso, também tenha preenchido todos os requisitos legais para a investidura legítima. O desfazimento da nomeação, uma vez feita, somente pode ser realizado depois de ter sido assegurado ao nomeado a garantia do contraditório e da ampla defesa. Em regra, a aprovação em concurso público é obrigatória, no entanto, como vimos acima, o concurso é dispensável no caso de nomeação para cargos em comissão.

No ato da *posse*, atribui-se ao servidor as prerrogativas, os direitos e os deveres do cargo. Como bem averba OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELO, é

⁴⁶ Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

⁴⁷ Vide Sumula Vinculante nº13 do STF: 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.

⁴⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 26º ed. São Paulo. Atlas, 2013. p.621.

o momento em que o servidor assume o compromisso do fiel cumprimento dos deveres e atribuições do cargo para o qual fora nomeado.⁴⁹

A posse completa a investidura, configurando uma verdadeira *conditio iuris* para o exercício da função pública a ele imposta. Com a efetivação da posse, completa-se também a relação estatutária da qual fazem parte, de um lado, o Estado, e de outro, o servidor.

Por fim, temos o *exercício*, que representa, por óbvio, o efetivo desempenho das funções atribuídas ao cargo. É o exercício do cargo que confere ao servidor o direito à retribuição pecuniária (remuneração) como contraprestação pelo desempenho das funções atinentes ao cargo⁵⁰.

4.7 CRIAÇÃO, TRANSFORMAÇÃO E EXTINÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS

O presente tópico tem como objetivo estudar as formas de criação, extinção e transformação de cargos na estrutura da Administração pública.

Desde já, registre-se, que na *criação*, formam-se novos cargos na estrutura funcional; na *extinção*, por óbvio, eliminam-se os cargos; e a *transformação* simplesmente é a extinção e a criação simultânea de cargos, isto é, um cargo é extinto e dá lugar a outro⁵¹.

Pois bem. via de regra, a criação, transformação e extinção de cargos públicos deve ser obrigatoriamente realizada mediante Lei de iniciativa privada do Presidente da República, ou, com base no princípio da simetria, do Chefe do executivo dos entes da Administração direta⁵², autárquica e fundacional.

A competência privativa vai depender da administração interessada, ou seja, em hipótese de interesse na criação de cargos no âmbito estadual, a iniciativa é privativa do Governador do respectivo Estado, da mesma forma se vale ao Prefeito, acaso o interesse seja na esfera municipal.

Consoante lição de Meirelles:

A criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas do Poder Executivo exige lei de iniciativa privativa do Presidente da República, dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal e dos Prefeitos Municipais, conforme seja federal, estadual ou municipal a

⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Princípios Gerais de Direito Administrativo, v.II, pag.403.

⁵⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 26º ed. São Paulo. Atlas, 2013. p.621.

⁵¹ CARVALHO FILHO, *op.cit.* p.615.

⁵² União, Distrito Federal, Estados e Municípios.

Administração interessada, abrangendo a Administração direta, autárquica e fundacional (CF, art. 48, X, c/c art.61, §1º, II, "d").⁵³

Logo, a regra geral para a criação, transformação e extinção de cargos públicos tem previsão constitucional expressa no artigo 48, X, c/c art.61, §1º, II, "a", *in verbis*:

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:
X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b;

Art. 61.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:
II - disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;

Logo, observa-se que a criação, transformação e extinção de cargos, não obstante ser iniciativa privada do Presidente da República, depende de aprovação do Congresso Nacional, ou seja, a criação de cargos em comissão na estrutura da Administração Pública depende de previa aprovação do Poder Legislativo, tratando-se de importante limitação constitucional, que será abordada com carinho em tópico específico mais adiante.

Importante ressaltar que, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 32, de 11.9.2001, que alterou o art.84, VI, da Carta Magna, passou-se a admitir que o Chefe do Executivo proceda à extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos, ou seja, não esteja ocupado por servidor. Logo, ainda que o cargo tenha sido criado por lei, poderá ser extinto por decreto no caso de vacância.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

Feitas as ressalvas, estudaremos agora as limitações constitucionais imposta as nomeações de servidores comissionados, assim como abordaremos algumas situações consideradas inconstitucionais pela doutrina e jurisprudência.

⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 38º ed. São Paulo. Malheiros editores. p.473

5. LIMITES CONSTITUCIONAIS PARA À NOMEAÇÃO DE SERVIDORES PARA CARGOS EM COMISSÃO

Conforme já vimos nos capítulos anteriores, a regra geral de acesso a cargos públicos, é mediante prévia aprovação em concurso público com a respectiva convocação, nomeação e posse, e somente após cumpridas estas exigências, estará o servidor apto a exercer as funções a ele atribuídas em função do cargo no qual fora aprovado.

No entanto, excepcionalmente, admite-se a livre nomeação de servidores, nas hipóteses previstas em lei, como por exemplo, para cargos em comissão, direcionados às funções de chefia, direção e assessoramento.

Saliente-se que o cargo em comissão deve ser preenchido segundo conveniência e oportunidade da Administração pública, e não da autoridade nomeante, uma vez que o direito administrativo é regido pelo princípio da impessoalidade e o corolário da soberania do interesse público sobre o privado.

Não obstante o fato de que a autoridade nomeante tem discricionariedade para contratar servidores de sua confiança, para ocuparem cargos em comissão, que possuem uma relação direta de confiança entre o servidor nomeado e seu superior, fato é que o cargo em si pertencente à estrutura público-administrativa e deve ser ocupado, acima de tudo, de acordo com a necessidade e conveniência da Administração, e não segundo os interesses privados daquele que faz a nomeação.

Dessa forma, os princípios que norteiam a administração pública, estudados no capítulo II, devem ser sempre observados, pois, acima do poder da autoridade de nomear e exonerar livremente, encontra-se o dever da boa administração, atuando sempre com base no interesse público.

Ora, a previsão constitucional da possibilidade de admissão de servidor sem a necessidade de concurso público não significa dizer que é totalmente livre e desenfreada a escolha das pessoas que ingressarão no serviço público dessa maneira.

Nesse sentido ensina a professora Maria Silvia Zanella Di Pietro:

Para os cargos em comissão, o art. 37, II, dispensa o concurso público, o que não significa ser inteiramente livre a escolha de seus ocupantes, consoante decorre do inciso V do mesmo dispositivo da Constituição. A lei é que definirá os “casos, condições e percentuais mínimos” a serem observados no provimento de cargos em comissão. Além disso, existe a restrição do nepotismo prevista na sumula vinculante 13, do STF.⁵⁴

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Direito Administrativo. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 610.

Conforme muito bem ilustrado pela brilhante doutrinadora, não é inteiramente livre a nomeação de cargos em comissão, é necessário que se observe às disposições legais, e, inclusive, a jurisprudência.

Dessa forma, abordaremos a seguir limites específicos, apontados pela doutrina, jurisprudência e pelo texto expresso da Constituição.

5.1 A EXIGÊNCIA DE LEI EM SENTIDO ESTRITO PARA A CRIAÇÃO E EXTINÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO

A criação de um cargo público, ainda que comissionado implica em criação de despesas para a Administração Pública, e por isso, exige o aval do poder legislativo. No âmbito federal, a criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas é de competência do Congresso Nacional, conforme art. 48, X da CF.

Conforme vimos no capítulo anterior, a criação de cargos em comissão se dá por lei aprovada pelo congresso nacional, em âmbito federal, com a posterior sanção do Presidente da República (Art. 48, X da CF). Ora, a criação de um cargo público, ainda que de livre nomeação, implica na criação de despesas para a Administração Pública, razão pela qual exige-se a anuência do Poder legislativo.

Consoante art. 63, I, c/ art.84, VI, alínea "a" da CF, abaixo citados, não será admitido o aumento de despesas nos projetos de iniciativa do Chefe do Executivo, assim como este só pode dispensar a lei para criação de cargos, e utilizar-se de decreto para organizar a Administração Pública, nas hipóteses em que seus atos não implicarem em aumento de despesas.

Art. 63. Não será admitido aumento da despesa prevista:

I - nos projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, ressalvado o disposto no art. 166, § 3º e § 4º;

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos público;

Tais dispositivos citados acima, inquestionavelmente mitigam o poder dado ao Chefe do Executivo para a criação de cargos públicos, uma vez que, embora a nomeação e exoneração sejam livres, a criação dos respectivos cargos não é. É

obrigatória a aprovação das casas legislativas respectivas, conforme se trate de criação de cargos a nível federal, estadual ou municipal, e, somente após disso, será encaminhado para sanção do chefe do executivo.

Enquadra-se, tal situação, no princípio da separação dos poderes e do sistema de freios e contrapesos proposto por Montesquieu⁵⁵, o qual é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que impõe que um poder fiscalize o outro, e que a liberdade de atuação dos poderes da república seja mitigada. Ora, na hipótese de criação de cargos comissionados pelo Chefe do Executivo é necessário a aprovação do Poder Legislativo.

Inexistindo tal limitação, estaria a Administração Pública a margem da boa-fé de seus administradores, que teriam a prerrogativa da criação indiscriminada de cargos públicos sem o efetivo controle realizado pelo legislativo, o que poderia acarretar em gastos exorbitantes ao Poder Público, patrocinado pelos bolsos dos contribuintes.

Como é notório, em se tratando de leis, sejam ordinárias ou complementares, a constituição exigiu que no âmbito federal, sejam discutidas e aprovadas nas duas casas legislativas, Câmara dos Deputados e Senado Federal (art.65, CF), com a diferença de que as leis complementares exigem aprovação por maioria absoluta (art. 69, CF).

art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar.

Art. 69. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.

Tal regramento constitucional funciona como um controle constitucional prévio realizado pelo poder legislativo, a fim de aferir se os limites constitucionais impostos para a criação de cargos comissionados foram observados.

Por fim, frente ao exposto, é possível afirmar que somente mediante lei em sentido estrito, isto é, aquela que emana do Poder Legislativo, que se pode criar cargos em comissão, haja vista a necessidade de apuração, no caso em que se propõe a criação de cargos, dos requisitos constitucionais pelas respectivas casas legislativas.

⁵⁵ MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. França. 1748.

Ademais, tal exigência constitucional aplica-se, não somente à criação de cargos, mas também nas hipóteses de transformação e extinção, salvo quando vagos, hipótese em que o Chefe do Executivo tem a prerrogativa de extingui-los mediante decreto (art.84, VI, "b" da CF).

5.2 DAS FUNÇÕES DE DIREÇÃO, CHEFIA E ASSESSORAMENTO

Conforme estudado, o legislador infraconstitucional não possui autonomia para criar e instituir cargos comissionados de forma indiscriminada. A regra aplicada aos cargos em comissão, é que os mesmos devem obrigatoriamente ser destinados às funções de direção, chefia e assessoramento. Logo, é inconstitucional a criação de cargos em comissão com outros tipos de atribuições, bem como viola a Lei maior dar á ocupante de cargo em comissão, funções diversas.

Conforme asserção brilhante de Carvalho Filho:

No que se refere aos cargos em comissão, impõe-se observar - já antecipamos - que, de acordo com o art.37, II, da CF, suas funções limitam-se às de *chefia, direção e assessoramento*, funções essas que, em virtude de especificidades funcionais, ostentam certo destaque nos quadros de servidores. Assim, a lei não pode criar cargos dessa natureza para funções permanentes ou de rotina administrativa, próprias das carreiras regulares e dos cargos efetivos. O desvio de finalidade da lei com essa configuração qualifica-a como inconstitucional, evidenciando indesejável burla ao mandamento constitucional.⁵⁶

Assevera ainda, o importante doutrinador que, "é inconstitucional a lei que cria cargos em comissão com *atribuições incompatíveis* com o regime de livre nomeação e exoneração, isto é, funções que não sejam de direção, chefia ou assessoramento".

Segundo asserção de Cármen Lúcia Antunes Rocha:

Pelos termos claros e taxativos da norma [art. 37, V, CR], vê-se, pois, que inexistente possibilidade de ter o legislador infraconstitucional discricionariedade para dispor sobre a natureza do provimento de cargo público que não seja de direção, chefia e assessoramento, pois não tendo tais atribuições há vinculação legislativa, e o provimento de tal cargo é, necessariamente e pelo fundamento constitucional, efetivo. [...] Não se interprete o comissionamento como um arbítrio administrativo deixado ao cuidado do administrador público. Arbitrariedade administrativa é incompatível com o Estado de Direito. Assim, não há comissionamento conferido sem limites a quem quer que seja. Principalmente, não há como interpretar norma que configure como cargo de provimento comissionado sem atentar às normas que estabelecem os fundamentos constitucionais da Administração Pública.⁵⁷

⁵⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 26º ed. São Paulo. Atlas, 2013. pag.616-617.

⁵⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais dos servidores públicos. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 191.

Logo, é necessário que as atribuições do cargo sejam de fato, de direção, chefia e assessoramento, ainda que a lei, ao criar um determinado cargo comissionado, declare formalmente que tal cargo é para provimento em comissão. Nesse sentido a jurisprudência do STF assentou entendimento quanto a inconstitucionalidade de leis que criaram cargos comissionados sem possuir essas atribuições:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS 6.600/1998 (ART. 1º, CÁPUT E INCISOS I E II), 7.679/2004 E 7.696/2004 E LEI COMPLEMENTAR 57/2003 (ART. 5º), DO ESTADO DA PARAÍBA. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO.

I – Admissibilidade de aditamento do pedido na ação direta de inconstitucionalidade para declarar inconstitucional norma editada durante o curso da ação. Circunstância em que se constata a alteração da norma impugnada por outra apenas para alterar a denominação de cargos na administração judicial estadual; alteração legislativa que não torna prejudicado o pedido na ação direta.

II - Ofende o disposto no art. 37, II, da Constituição Federal norma que cria cargos em comissão cujas atribuições não se harmonizam com o princípio da livre nomeação e exoneração, que informa a investidura em comissão. Necessidade de demonstração efetiva, pelo legislador estadual, da adequação da norma aos fins pretendidos, de modo a justificar a exceção à regra do concurso público para a investidura em cargo público. Precedentes.

Ação julgada procedente.⁵⁸

Ver também:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 37, II E V. CRIAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. LEI 15.224/2005 DO ESTADO DE GOIÁS. INCONSTITUCIONALIDADE. É inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico, tais como os cargos de Perito Médico-Psiquiátrico, Perito Médico-Clínico, Auditor de Controle Interno, Produtor Jornalístico, Repórter Fotográfico, Perito Psicológico, Enfermeiro e Motorista de Representação. Ofensa ao artigo 37, II e V da Constituição federal. 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.⁵⁹

E, ainda:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. CRIAÇÃO DE CARGO COMMISSIONADO SEM CARÁTER DE ASSESSORAMENTO, CHEFIA OU DIREÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULAS 279 E 280/STF. “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” (ADI 3.602, Rel. Min. Joaquim Barbosa). Para dissentir do entendimento firmado pelo Tribunal de origem quanto à natureza jurídica

⁵⁸ STF, ADI 3.233-PB, Rel.Min. JOAQUIM BARBOSA, em 10.5.2007.

⁵⁹ ADI 3.602, j. 14.4.2011. Min. rel. Joaquim Barbosa.

dos cargos, bem como saber se existe subordinação entre o servidor nomeado para a função criada pela lei e seu respectivo superior hierárquico, faz-se necessário analisar a legislação local impugnada (Leis nºs 1.786/1998, 1.983/2001, 2.203/2005, 2.267/2005, 2.370/2007, 2.609/2009, 2.675/2010 e 2.843/2011) e reexaminar os fatos e provas constantes dos autos, providências que não têm lugar neste momento processual, nos termos das Súmulas 279 e 280/STF. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento.

60

Assim, conforme entendimento pacificado pela jurisprudência, não basta que os cargos sejam criados por lei e declarados para atribuições de direção, chefia e assessoramento, deve ficar comprovado, que de fato as funções são para tais atribuições. Da mesma forma os servidores ocupantes de cargo em comissão não podem ser destinados a atribuições diversas.

5.3 A EXIGÊNCIA DE PERCENTUAIS MÍNIMOS DE CARGOS COMISSIONADOS A SEREM OCUPADOS POR SERVIDORES DE CARREIRA.

Conforme abordado em tópicos anteriores, a Constituição prevê, em seu art.37, inciso V, que um percentual de vagas inerentes aos cargos em comissão deverão ser ocupados por servidores de carreira, tratando-se de importante limitação constitucional, no sentido de preservar um número maior de servidores efetivos na estrutura funcional da Administração.

MEIRELLES, em sua obra, faz menção a necessidade de se observar limites na nomeação de comissionados:

Todavia pela EC 19, o preenchimento de uma parcela dos cargos comissão dar-se-á unicamente por servidores de carreira, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei (art. 37, V). portanto nestas hipóteses o provimento não será totalmente livre, como ocorre com os não servidores, isto é, só sem vínculo efetivo anterior a nomeação.⁶¹

Dessa forma, a Administração, por intermédio da autoridade nomeante, fica impedida de nomear um número exacerbado de pessoas para cargos que não possuam vínculo com administração, devendo, nomear para tanto, uma porcentagem de servidores efetivos.

Corroborando este entendimento, é a asserção de Carvalho Filho:

Não obstante, afigura-se flagrantemente inconstitucional a criação de cargos em comissão em *número excessivo e desproporcional* ao quantitativo dos cargos efetivos, fato que denuncia claramente o propósito

⁶⁰ RE 820442/SP. 21/11/2014. Min. Roberto Barroso.

⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo. 40 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 489

de favorecimento de alguns poucos apaniguados, frequentemente por interesses políticos.⁶²

O Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade, proferiu decisão nesse sentido:

AGRAVO INTERNO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATO NORMATIVO MUNICIPAL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. OFENSA. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O NÚMERO DE SERVIDORES EFETIVOS E EM CARGOS EM COMISSÃO. I - Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. II - Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local. III - Agravo improvido.⁶³

Ademais, cabe ao legislador infraconstitucional, instituir por meio de lei, os casos, condições e percentuais mínimos em que os cargos em comissão deverão ser obrigatoriamente ocupados por servidores concursados.

Na administração federal, usa-se a título de exemplificação o Decreto nº 5.497 de 2005, que definiu os seguintes limites:

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

I - setenta e cinco por cento dos cargos em comissão DAS, níveis 1, 2 e 3;
II - cinquenta por cento dos cargos em comissão DAS, nível 4.⁶⁴

Por fim, remete-se a apreciação o julgado acerca do tema exarado pelo TJDF:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ILEGALIDADE DA NOMEAÇÃO, SEM CONCURSO PÚBLICO, PARA OS CARGOS EM COMISSÃO DE ENCARREGADO, SECRETÁRIO ADMINISTRATIVO E ASSISTENTE, NO ÂMBITO DAS ADMINISTRAÇÕES REGIONAIS DO PARK WAY, GAMA E JARDIM BOTÂNICO. PRELIMINARES DE PERDA TOTAL DO INTERESSE DE AGIR E LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. REJEIÇÃO. RECONHECIMENTO DA PERDA PARCIAL DO OBJETO. INADEQUAÇÃO AOS PRESSUPOSTOS DO ART. 37, V, DA CRB/88. IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER. 1. Consoante disposto no art. 37, inciso II, da CRB/88, **aos cargos e empregos públicos serão ocupados, em regra, por pessoas aprovadas em concursos públicos de provas ou de provas e títulos. O mesmo preceito permite que, excepcionalmente, pessoas não aprovadas em concurso e não ocupantes de cargos efetivos venham a ser nomeados para cargos em comissão, desde que não se**

⁶² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 26º ed. São Paulo. Atlas, 2013. pag.618.

⁶³ STF, RE 365.368-SC (AgReg), Rel.Min. RICARDO LEWANDOWSKI, em 22.5.2007.

⁶⁴ Endereço: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5497.htm . Acesso em: 22out 2018.

desrespeitem os percentuais mínimos de ocupação desses cargos assegurados por lei aos servidores de carreira. Essa é uma das exceções à regra geral existente na Constituição. Todavia, o inciso V do art. 37 da Carta Maior afirma que esses cargos serão destinados apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento superior. 2. A criação de cargo em comissão que não se destine às atribuições de direção, chefia e assessoramento superior e a designação de pessoa não aprovada em concurso público para ocupá-lo cria uma hipótese de acesso a cargo público não prevista na Carta Maior, implicando violação, por via transversa, ao princípio do concurso público. (grifo nosso).⁶⁵

Isto posto, passaremos agora ao estudo da limitação constitucional imposta pela regra geral de acesso aos cargos públicos mediante concurso público.

5.4 O LIMITE CONSTITUCIONAL IMPOSTO PELA REGRA GERAL DE ACESSO AOS CARGOS PÚBLICOS MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO

Conforme estudado no capítulo 3, a Constituição estabeleceu como regra geral, o acesso a cargos públicos mediante concurso público, conforme art.37, inciso II da CF. Tal mandamento constitucional pressupõe uma Administração pautada pela impessoalidade, e com tratamento igualitário e isonômico aos administrados. Desse modo, a obrigatoriedade da realização de concurso público e suas premissas básicas atuam como limite para a criação de cargos comissionados, conforme se segue.

Segundo Marcelo Caetano, o concurso público baseia-se em três postulados fundamentais:

O primeiro é o *princípio da igualdade*, pelo qual se permite que todos os interessados em ingressar no serviço público disputem a vaga em condições idênticas para todos. Depois, o *princípio da moralidade administrativa*, indicativo de que o concurso veda favorecimentos e perseguições pessoais, bem como situações de nepotismo, em ordem de demonstrar que o real escopo da Administração é o de selecionar os melhores candidatos. Por fim, o *princípio da competição*, que significa que os candidatos participam de um certame, procurando alcançar-se a classificação que os coloque em condições de ingressar no serviço público.⁶⁶

Partindo-se destas premissas, toda vez que a Administração deseje criar cargos em comissão, haverá de se submeter à análise dos três postulados indicados

⁶⁵ TJ-DF. Apelação Cível : APC 20100112095872 DF 0066522-88.2010.8.07.0001. Relator: ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS. Publicada em 25/11/2013.

⁶⁶ CAETANO, Marcelo. Manual de Direito Administrativo, v.II. São Paulo. Almedina, 2008. p.638.

por Caetano. Feita a análise, não havendo qualquer impedimento, estará o legislador apto a realizar a criação do respectivo cargo.

Ou seja, nas hipóteses em que a Administração pretenda criar um cargo comissionado, o qual, indubitavelmente, afasta a *igualdade* de possibilidade de acessos, deve-se, acima de tudo, observar se para o interesse coletivo é melhor que a escolha da pessoa que ocupe tal cargo seja de confiança da autoridade superiormente hierárquica, ou ainda, que a criação de um cargo de provimento em comissão seja mais conveniente naquela oportunidade para a Administração do que a criação de cargos de provimento efetivo. Caso contrário, o princípio da igualdade estará frustrado, assim como a licitude da conduta do administrador público.

Da mesma forma, a moralidade administrativa deve sempre ser observada, em se tratando da criação dos cargos, mas, principalmente, nas nomeações, erradicando qualquer tipo de favorecimento ou perseguições pessoais, utilizando como critério de escolha, a competência e a capacidade do escolhido para o cargo.

Sem contar, ainda, da importância da moralidade em se tratando de exonerações, uma vez que, o cargo ocupado por servidor concursado, por ter caráter permanente, evita que o servidor fique na "mão" de seu superior, coibindo eventual abuso de poder ou perseguição, daí a importância do concurso público.

Por fim, o princípio da competição, que pressupõe uma disputa igualitária em busca dos melhores candidatos mediante o processo seletivo do concurso público, também há de ser considerando quando da criação de cargo em comissão, uma vez que, para sua instituição necessariamente há de se comprovar que a escolha do servidor será sempre pautada por critérios subjetivos de seleção, como a confiança da autoridade nomeante, distinguindo-se dos critérios objetivos inerentes ao concurso público.

Ou seja, com base na regra geral de acesso mediante processo seletivo com vistas a selecionar os melhores candidatos, a criação de cargos públicos deve sempre ser embasar-se nas implicações e fundamentos que norteiam os concursos, de modo que para excepcionar a regra do concurso público, o legislador deve justificar a necessidade de tal excepcionalidade.

É nesse sentido, a lição de Meirelles:

Neste campo, o legislador deve ter presente, sempre, advertência e alerta do STF, no sentido de que a criação de cargo em comissão em moldes artificiais e não condizentes com as praxes de nosso ordenamento jurídico e administrativo só pode ser encarada como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional do concurso ou, por exclusão, agora, da exigência

de um percentual mínimo para os servidores de carreira, isto é, concursados.⁶⁷

Vale ressaltar, que o Supremo Tribunal Federal já proferiu decisão nesse sentido:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEIS 6.600/1998 (ART. 1o, CAPUT E INCISOS I E II), 7.679/2004 E 7.696/2004 E LEI COMPLEMENTAR 57/2003 (ART. 5o), DO ESTADO DA PARAÍBA. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO.

I – Admissibilidade de aditamento do pedido na ação direta de inconstitucionalidade para declarar inconstitucional norma editada durante o curso da ação. Circunstância em que se constata a alteração da norma impugnada por outra apenas para alterar a denominação de cargos na administração judicial estadual; alteração legislativa que não torna prejudicado o pedido na ação direta.

II – Ofende o disposto no art. 37, II, da Constituição Federal norma que cria cargos em comissão cujas atribuições não se harmonizam com o princípio da livre nomeação e exoneração, que informa a investidura em comissão. **Necessidade de demonstração efetiva, pelo legislador estadual, da adequação da norma aos fins pretendidos, de modo a justificar a exceção à regra do concurso público para a investidura em cargo público.** Precedentes. Ação julgada procedente. (Grifo nosso).⁶⁸

Por fim, vamos ao estudo das limitações impostas pelos princípios constitucionais, os quais foram objeto de estudo no capítulo 2, do presente trabalho.

5.5 AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Conforme estudamos no capítulo 2, os princípios são fundamentais para a ordem jurídica, tanto na elaboração das leis, quanto na aplicação do direito. São eles que estabelecem as diretrizes e ideias centrais de qualquer sistema funcional.

Segundo ensinamentos de Paulo Nader, os princípios atuam como ponto de partida para a composição de um ato legislativo, balizando a interpretação e a própria produção normativa:

Quando se vai disciplinar uma determinada ordem de interesse social a autoridade competente não caminha sem um roteiro predelineado, sem planejamento, sem definição prévia de propósitos. O ponto de partida para a composição de um ato legislativo deve ser o da seleção dos valores e **princípios** que se quer consagrar, que se deseja infundir no ordenamento jurídico.⁶⁹

Na mesma linha, é o ensinamento de Marçal Justen Filho:

⁶⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo. 40 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 490.

⁶⁸ ADI 3.233/PB. Rel.: Min. JOAQUIM BARBOSA. 14/09/2007. Acesso em 22/10/2018..

⁶⁹ NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 39º ed. Rio de Janeiro. Forense, 2017. p.200.

Os princípios apresentam enorme relevância no âmbito do direito administrativo. A atividade administrativa traduz o exercício de poderes-deveres, o que significa a vinculação quanto ao fim a ser atingido. Em inúmeras oportunidades, a conduta a ser adotada dependerá das circunstâncias, o que não equivalerá a consagrar a liberdade para o agente escolher como bem entender. Nessas situações, pode haver alguma autonomia de escolha quanto ao meio a adotar, e os princípios serão o instrumento normativo apropriado para evitar escolhas inadequadas. Serão inválidas todas as decisões incompatíveis com os fins a serem promovidos e com valores protegidos pela ordem jurídica.⁷⁰

Logo, a criação de cargos comissionados e a nomeação de servidores em comissão deve obrigatoriamente obedecer aos ditames constitucionais que emanam dos princípios administrativos.

Conforme já estudado, a Constituição Federal trouxe em seu art. 37 caput, os princípios da Administração Pública. Os princípios explícitos são o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Ora, ao legislador, só é lícito criar cargos de provimento em comissão nos limites estabelecidos em lei, qual seja, para as funções de direção, chefia e assessoramento. E ainda, deve-se respeitar a previsão constitucional de cargos comissionados a serem preenchidos por servidores efetivos. Trata-se portanto, de limitação advinda do Princípio da legalidade, que impõe ao administrador, que atue nos limites da lei, sob pena de ilegalidade.

Da mesma forma, conforme já exhaustivamente abordado, a atuação do administrador público deve ser regida sempre pelo princípio da impessoalidade, a fim de coibir comportamento discriminatório, favorecendo alguns em face de outrem.

Sem contar na necessidade de um comportamento ético do administrador, que deve sempre agir com probidade, uma vez que detém certa discricionariedade em se tratando da nomeação e exoneração de cargos em comissão.

No mais, o administrador deve sempre prezar pela boa gestão, e a efetividade dos serviços prestados, nomeando determinadas pessoas para os cargos de sua confiança, não porque possuem uma relação de afinidade, mas sim porque estas possuem competência e capacidade para a desenvoltura das funções que lhe são atribuídas.

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 12º ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016. p.62.

No mais, a criação de cargos comissionados, e suas respectivas nomeações deverão sempre observar o interesse coletivo, com base no princípio da supremacia do interesse público, conforme já estudado no presente trabalho.

CONCLUSÃO

Conforme abordado no corpo do presente trabalho, as duas formas principais, mas não únicas, de acesso aos cargos públicos são mediante concurso público, e por livre nomeação.

A obrigatoriedade de concurso salvaguarda a isonomia na administração pública, proporcionando igualdade de oportunidade para aqueles que queiram ingressar no serviço público. Além disso, os servidores concursados ocupante de cargos efetivos na Administração Pública possuem maior estabilidade no cargo, com a garantia de que só poderão ser exonerados de seus cargos por decisão motivada, e após procedimento que lhes assegurem contraditório e ampla defesa.

No que se refere aos cargos em comissão, em que pese serem de livre nomeação e exoneração, se destinam apenas às funções de direção, chefia e assessoramento, motivo pelo qual o legislador e a autoridade nomeante não possuem liberdade indiscriminada em se tratando da criação e nomeação de cargos comissionados, respectivamente.

Em contrapartida, os cargos em comissão conferem maior celeridade ao processo de recrutamento bem como de dispensa de pessoal no âmbito da Administração Pública, além de proporcionar aos seus administradores a livre escolha de pessoas de sua confiança para o preenchimento de determinado cargo na Administração.

Do ponto de vista da eficiência administrativa, os cargos em comissão são instrumentos muito interessantes, pois conferem maior dinamismo ao meio do serviço público, que é regido por leis que delimitam a atuação administrativa dos administradores aos termos estritos previstos na norma constitucional.

Ou seja, se não existisse a previsão constitucional da livre nomeação de servidores, a administração pública estaria dependente exclusivamente da realização de concurso para o preenchimento de cargos em seu quadro funcional, o que poderia ocasionar um problema nas situações em que a morosidade do processo seletivo atrapalharia a efetividade da atividade administrativa.

Em verdade, apesar das vantagens e desvantagens de cada um dos dois regimes de contratação e estabilidade analisados, ambos têm seu valor para a consecução do interesse público e são fruto do crescimento da administração da

máquina pública, que era regida por modelos ultrapassados de gerenciamento, como o patrimonialismo⁷¹ e coronelismo⁷².

A previsão constitucional do concurso público, e da livre nomeação, quando legalmente utilizada, marca a característica de um estado pautado pelo gerencialismo, com foco na competência e nos resultados:

Os termos "Gerencialismo" ou "Nova Gestão Pública" se referem às reformas governamentais de diversos países para superar a velha burocracia estatal por meio da propagação de nova cultura organizacional no serviço público, a qual identifica seus usuários como clientes de mesma natureza que eles de empresa privada. O principal argumento do gerencialismo é a necessidade de superação do modelo burocrático de administração pública com foco nos procedimentos, cuja missão básica de servir a sociedade estaria comprometida. Seu propósito é instituir um novo modelo de administração pública com foco em resultados. Nesse sentido se propõe a ir além do serviço burocratizado, pautado na mera execução de tarefas, segundo normas e procedimentos rígidos, a fim de estabelecer um conjunto de procedimentos mais flexíveis e menos normatizados, orientados por dados mais precisos sobre os resultados alcançados.

No entanto, a utilização da livre nomeação dissociada das hipóteses previstas em lei, podem acarretar em prejuízos imensuráveis para a máquina administrativa, razão pela qual, as limitações constitucionais impostas a esse tipo de contratação devem ser estritamente observadas, sob pena de inconstitucionalidade.

Desta forma, e para finalizar, conforme se verificou no presente trabalho, podemos concluir, que são limites constitucionais explícitos e implícitos para a criação e nomeação de cargos comissionados:

1. A exigência de que os cargos comissionados sejam criados por lei, aprovada pelo congresso nacional, funcionando como um verdadeiro sistema freios e contra pesos;
2. A exigência de que os cargos comissionados sejam destinados à funções de direção, chefia e assessoramento;

⁷¹ O **patrimonialismo** é a característica de um Estado que não possui distinções entre os limites do público e os limites do privado. Foi comum em praticamente todos os absolutismos.

⁷² **Coronelismo** é para definir a complexa estrutura de poder que tem início no plano municipal, exercido com hipertrofia privada – a figura do coronel – sobre o poder público — o Estado —, e tendo como caracteres secundários o mandonismo, o *filhotismo* (ou *apadrinhamento*), a fraude eleitoral e a desorganização dos serviços públicos — e abrange todo o sistema político do país, durante a República Velha.

3. A exigência de que sejam estabelecidos os percentuais mínimos em que os cargos comissionados serão providos por servidores de carreira;
4. A exigência de que o concurso público e os servidores efetivos sejam a regra e os comissionados exceção na Administração Pública;
5. A exigência de observância dos princípios constitucionais da Administração Pública.

Por todos os problemas expostos, os quais são inerentes ao exercício de cargos que impliquem em poder, faz-se necessária a estrita observância dos limites constitucionais para a criação de cargos comissionados ou para nomeação nesses cargos.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Princípios Gerais de Direito Administrativo, v.II, 1976.

BRASIL. STF. ADI nº 1.269/GO-MC, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Carlos Velloso. Publicação, DJ de 25/8/95. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14704022/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1269-go> . Acesso em 22/10/18.

BRASIL. STF. ADI nº 3.233/PB. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14728757/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3233-pb>. Publicado em 14/09/ 2007. acesso em 22/10/18.

BRASIL. STF. ADI nº3.602/GO. Tribunal Pleno. Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19733598/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3602-go>. Publicado em 14/04/11. Acesso em 22/10/2018.

BRASIL. STF. RE 594.296/MG, rel. Min. Dias Toffoli, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2644122&numeroProcesso=594296&classeProcesso=RE&numeroTema=138>. Publicada em 21.09.2011. Acesso em 22.10.2018.

BRASIL. STF. RE 365.368. Primeira Turma. Ministro: Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469872>. Acesso em: 22/10/18.

BRASIL. STF. RE 820442/SP. Primeira Turma. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25322063/agreg-no-recurso-extraordinario-re-820442-sp-stf>. Publicado em 21/11/2014. acesso em 22/10/18.

BRASIL. STF. Súmula Vinculante nº 13. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=122705/02/2015>. Acesso em 22/10/2018.

CAETANO, Marcelo. Manual de Direito Administrativo, v.II. São Paulo. Almedina, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26º ed. São Paulo. Atlas, 2013.

DA SILVA, José Afonso. Direito Constitucional Positivo. 39º ed. São Paulo. Malheiros, 1976.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26º ed. São Paulo. Atlas, 2013.

DISTRITO FEDERAL. TJ-DF. Apelacao Cível nº 20110112287769 DF 0007868-23.2011.8.07.0018. 3ª Turma Cível. Relator: Otávio Augusto. Publicada em 19/08/2013. Disponível em <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23958630/apelacao-civel-apc-20110112287769-df-0007868-2320118070018-tjdf>. Acesso em 22/10/18.

DISTRITO FEDERAL. TJ-DF. Apelacao Cível nº 20100112095872 DF 0066522-88.2010.8.07.0001. 4ª Turma Cível. Relator: Arnaldo Camanho de Assis. Publicada em 25/11/2013. Disponível em <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116067349/apelacao-civel-apc-20100112095872-df-0066522-8820108070001>. Acesso em 22/10/18.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Direito administrativo. 9º ed. São Paulo. Malheiros, 2008.

FILHO, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

FILHO, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo. 12º ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HAURIOU, Maurice. *Précis Élémentaires de Droit Administratif*. Paris, 1926.

HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/CONSTITUICAO/CONSTITUICAO.HTM. Acesso em: 22/10/2018.

LACHARRIÈRE, *Le Contrôle Hiérarchique de l'Administration dans la Forme Jurisdictionnel*. Paris, 1938.

MARINELA, Fernanda. Direito administrativo. 6ºed. Niterói. Impetus, 2012.

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

MEIRELES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 38º ed. São Paulo. Malheiros, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo. 40º ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. França. 1748.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito Administrativo. 8º ed. Rio de Janeiro. Forense, 1989.

NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 39º ed. Rio de Janeiro. Forense, 2017.

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

WELTER, Henri. *Le contrôle jurisdictionnel de la Moralité Administrative*. Paris, 1929.