

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**MESTRADO EM ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL**

**ANTÔNIO NILO RAYOL LÔBO SEGUNDO**

**PARÂMETROS PARA O CONTROLE JURISDICIONAL DO**  
**PROVIMENTO DE CARGOS EM COMISSÃO**

**FORTALEZA-CEARÁ**

**2010**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**ANTÔNIO NILO RAYOL LÔBO SEGUNDO**

**PARÂMETROS PARA O CONTROLE JURISDICIONAL DO  
PROVIMENTO DE CARGOS EM COMISSÃO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Ordem Jurídica Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, sob a orientação da Professora Doutora Germana de Oliveira Moraes.

**FORTALEZA-CEARÁ**

**2010**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**MESTRADO EM ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL**

**PARÂMETROS PARA O CONTROLE JURISDICIONAL DO**  
**PROVIMENTO DE CARGOS EM COMISSÃO**

ANTÔNIO NILO RAYOL LÔBO SEGUNDO

Dissertação aprovada em:

COMISSÃO EXAMINADORA:

---

Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup>. Germana de Oliveira Moraes  
Universidade Federal do Ceará – UFC

---

Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias  
Universidade Federal do Ceará – UFC

---

Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos  
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

## RESUMO

O ingresso no Serviço Público mediante o sistema de livre nomeação e exoneração possibilitou historicamente a apropriação do Estado por interesses particulares. Mesmo após a institucionalização da regra do concurso público, o sistema de livre nomeação e exoneração ainda permanece válido para o provimento de cargos em comissão, de modo que devem existir mecanismos que impeçam a continuidade de práticas patrimonialistas recorrentes na cultura administrativa brasileira, incompatíveis com uma concepção republicana de governo. O provimento dos cargos em comissão mediante livre nomeação e exoneração implica em exceção à regra do concurso público, e como excepcional há de ser analisado. O Serviço Público, por constituir-se em garantia institucional essencial à efetivação dos direitos fundamentais, há de ser estruturado de modo a evitar a prevalência de interesses particulares na condução da *res publica*, impedindo práticas antirrepublicanas derivadas do patrimonialismo, como são a corrupção, o nepotismo, o fisiologismo e o clientelismo. O fundamento essencial para o controle jurisdicional é o princípio republicano concretizado nas exigências de legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência dos atos administrativos de provimento dos cargos em comissão. Após a análise da evolução histórica das formas de ingresso no Serviço Público no Brasil, sustenta-se a caracterização do Serviço Público como um garantia institucional contida na Constituição de 1988, de modo a realçar a sua importância para a efetivação dos direitos fundamentais e justificar a possibilidade de controle jurisdicional das nomeações para cargos em comissão. Busca-se ainda traçar parâmetros que viabilizem a sindicabilidade judicial dos atos de nomeação, com o auxílio de subsídios doutrinários e análise crítica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

**PALAVRAS-CHAVE:** REPÚBLICA. ACESSO AO SERVIÇO PÚBLICO. GARANTIAS INSTITUCIONAIS. CARGOS EM COMISSÃO. CONTROLE JURISDICIONAL.

## ABSTRACT

The access to public jobs through the system of free nomination and dismissal of public employees, made historically possible in Brazil the state regulation of private matters. Even after the rule of open competition become institutionalized, the system free nomination and dismissal remains valid for the filling of positions of free appointment. This situation demands mechanisms to stop some peculiar patrimonial practices of Brazilian administrative culture, incompatible with a republican conception of government. The filling of free-appointment posts through a free nomination and dismissal implies exception to the rule of open competition and should be analyzed such as it. The Public Service, as an institutional guarantee, essential to enforcement of fundamental rights, should be structured to avoid the prevalence of private interests in the conduction of the *res publica*, preventing anti-republican practices derived from patrimonialism such as corruption, nepotism and the patronage. The essential foundation to jurisdictional control is the republican principle, originated in demands of legality, morality, publicity, impartiality and efficiency of administrative acts of filling positions of free appointment. After examination of the historical evolution of forms for admission to the Public Service in Brazil, we defend the characterization of the Public Service as an institutional guarantee contained in the Constitution of 1988 in order to emphasize its importance for the effectiveness of fundamental rights and justify a possibility of judicial control of nominations of free-appointment jobs. This work intends to establish parameters which allow the judicial management of nomination acts by using doctrinal subsidies and critical analysis of the jurisprudence of the Brazil's Superior Court of Justice (STJ) and its Supreme Court (STF).

KEYWORDS: REPUBLIC. ACCESS TO PUBLIC SERVICE. INSTITUTIONAL GUARANTEES. FREE-NOMINATION POSITION. JUDICIAL REVIEW.

## SUMÁRIO

Introdução.....	07
1 Considerações Iniciais.....	11
1.1 Cargos em Comissão: Conceito e Formas de Provimento.....	11
1.2 <i>Res Publica</i> e Serviço Público.....	15
2 Controle Jurisdicional do Provimento em Comissão: Parâmetros Gerais.....	26
2.1 A Evolução das Formas de Ingresso no Serviço Público no Brasil.....	26
2.2 O Serviço Público como Garantia Institucional.....	52
3 Controle Jurisdicional do Provimento em Comissão: Parâmetros Específicos.....	63
3.1 Provimento em Comissão e Princípios Constitucionais da Administração Pública.....	63
3.2 Provimento em Comissão e Parentesco.....	75
3.3 Provimento em Comissão e Idoneidade.....	78
3.4 Provimento em Comissão e Qualificação Técnica.....	84
3.5 Provimento em Comissão e Servidores de Carreira.....	88
4 Instrumentos Processuais de Controle Jurisdicional.....	96
5 Conclusões.....	100
Referências Bibliográficas.....	105

## INTRODUÇÃO

O preenchimento dos cargos públicos no Brasil serviu historicamente ao atendimento de conveniências políticas de grupos restritos, o que possibilitou o direcionamento das atividades estatais para o atendimento de fins diversos da consecução do interesse público, acentuando o distanciamento entre o Estado - aqui entendido como a máquina estatal - e os cidadãos.

A partir dessa constatação inicial surge o interesse em analisar as causas desse fenômeno, não apenas para entender, ao menos parcialmente, como se desenvolvem as relações de poder no Brasil, mas também para ensejar a busca de solução para o *provimento patológico* dos cargos públicos, entendido como o vício de discricionariedade do ato administrativo de provimento.

A consecução do princípio republicano diz de perto com a forma de acesso aos cargos públicos, uma vez que à ampliação do sistema de livre nomeação e exoneração corresponde diretamente uma maior tendência de caracterização do Serviço Público como instrumento de governo e não de Estado.

Ocorre que a personalização do Estado é incompatível com o princípio republicano, de sorte que as instituições constitucionais, mais que meramente *governamentais*, devem ser efetivamente *estatais*, no sentido de refletirem a conformação constitucional que lhes foi dada na Lei Fundamental, independentemente da circunstancial ideologia política prevalecente em um determinado momento histórico. É claro que a configuração, digamos, externa das instituições estatais há de ser de alguma forma maleável às posturas governamentais decorrentes da alternância de poder inerente aos sistemas republicanos, mas isso não pode servir de justificativa para a subversão de postulados traçados pela ordem constitucional, que dão às instituições uma relativa estabilidade que é justamente o que as caracteriza como tais.

O Serviço Público, assim como todas as demais instituições estatais há de ser lido com lentes republicanas. No que se refere especificamente às formas de ingresso no Serviço Público, deflui do princípio republicano a exigência de que o exercício da autorização constitucional para o provimento dos cargos públicos seja contrastado com balizas axiológicas

que impeçam a afronta, sob vestimenta de legalidade, dos valores maiores derivados de uma concepção republicana de Constituição.

A possibilidade de ofensa a valores constitucionais quando do provimento de cargos públicos é diretamente proporcional à liberdade atribuída ao administrador para o preenchimento dos cargos públicos. Surge aqui o ponto central do presente estudo: a identificação de parâmetros que viabilizem o controle jurisdicional do provimento de cargos em comissão mediante livre nomeação e exoneração, de maneira a evitar ou, pelo menos, minimizar o desrespeito aos princípios constitucionais.

O presente estudo inicia-se com a apresentação de alguns conceitos necessários à prévia delimitação do tema, como as noções de cargos em comissão e de provimento, bem assim a diferenciação entre cargos políticos e cargos estritamente administrativos. Em seguida, busca-se estabelecer algumas relações possíveis entre o Serviço Público e a *res publica*, na busca de uma concepção republicana da Instituição.

Em um segundo momento, já na busca de parâmetros que orientem o aplicador da lei a impedir o provimento inconstitucional dos cargos em comissão, passa-se à análise da evolução das formas de ingresso no Serviço Público no Brasil, como instrumental teórico que situe o hermeneuta num contexto histórico atual porém condicionado por fatores pretéritos muitas vezes obscurecidos, seja pelo mero passar histórico ou, especialmente, por interesses desejosos da manutenção do *status quo*.

Para tanto utiliza-se recorrentemente de trechos da obra clássica de Raymundo Faoro intitulada *Os Donos do Poder* (2008), especificamente naquelas passagens em que o citado autor tece considerações acerca do preenchimento dos cargos públicos nas diversas fases da história brasileira. O recurso à obra de Faoro, aliado à invocação dos ensinamentos de outros autores, tem por objetivo traçar um panorama evolutivo da questão, com base no qual se procura ao final fazer uma análise crítica que deite luzes sobre as falhas ainda existentes no sistema de provimento livre de cargos públicos. Objetiva-se demonstrar que as imperfeições no sistema de provimento de cargos públicos atualmente existente derivam de circunstâncias históricas que ainda persistem, especialmente no que se refere ao preenchimento dos cargos em comissão, muito embora os valores constitucionais tenham-se aperfeiçoado, máxime a partir da

Constituição de 1988, onde se consagrou a inédita previsão dos princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência da atividade administrativa pública.

Sustenta-se então a caracterização do Serviço Público como uma garantia institucional, com o objetivo de deixar claro que a sua destinação final é a efetivação dos direitos fundamentais, ou, sob outra perspectiva, que o Serviço Público serve aos interesses da cidadania e não aos do administrador conjuntural. Essa afirmação é importante também para justificar o controle jurisdicional do provimento de cargos em comissão, uma vez que o entendimento de que a configuração do Serviço Público seria assunto interno da Administração teria por consequência lógica a impossibilidade de controle jurisdicional de outros aspectos que não a pura legalidade, sob pena de ofensa à separação de poderes. Diversamente, ao se afirmar que o fim último do Serviço Público é a efetivação dos direitos fundamentais, elastece-se a possibilidade de controle jurisdicional do provimento dos cargos em comissão, uma vez que a tutela jurisdicional em tema de direitos fundamentais há de ser ampla ante o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A evolução das formas de ingresso e a caracterização do Serviço Público como uma garantia institucional são ambos parâmetros genéricos porque não de ser tomados em consideração em quaisquer casos onde se analise o provimento de um cargo público mediante sistema de livre nomeação e exoneração. O parâmetro histórico-evolutivo e o parâmetro dogmático, além de ajudarem a situar o intérprete frente ao problema versado no presente texto, constituem-se em ferramentas que revelam pré-compreensões necessárias ao desenvolvimento dos parâmetros outros que são desenvolvidos na parte final do estudo.

Além deles, é possível traçar parâmetros específicos, cuja aplicação fica restrita a determinados casos. Nesse sentido, buscou-se inicialmente tornar clara a possibilidade de incidência dos princípios constitucionais da Administração Pública aos atos administrativos de provimento de cargos em comissão. Após, objetiva-se identificar hipóteses de vulneração aos valores constitucionais por ocasião do provimento de cargos em comissão, seja em função de parentesco entre nomeante e nomeado ou em razão da inidoneidade do pretendente ao cargo, seja ainda devido à ausência da qualificação técnica deste último, para finalmente procurar-se estabelecer possíveis situações de inconstitucionalidade derivadas das relações entre o provimento em comissão e os servidores de carreira, mais especificamente em relação à proporção entre o número de cargos em comissão e o número de cargos efetivos, e à natureza das

funções que autorizam o comissionamento. Para tais fins recorreu-se à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e, em menor escala, do Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de identificar hipóteses concretas em que os tribunais reconheceram a ofensa à Constituição ou à lei.

O estudo finaliza com a apresentação dos possíveis instrumentos processuais que podem ser utilizados para acionar o controle jurisdicional do provimento dos cargos em comissão.

Conquanto muitas das idéias a seguir desenvolvidas sejam intuitivas para aqueles mais atentos às relações entre a política e a administração pública, a doutrina em geral se contentou com a afirmação de que os atos discricionários estão sujeitos ao controle jurisdicional pleno, sem se preocupar, entretanto, em apresentar subsídios mais específicos que auxiliem o aplicador da lei a analisar se, diante de um caso concreto, apresenta-se uma hipótese em que há ofensa à Constituição.

O objetivo do presente trabalho, portanto, não é procurar justificar a possibilidade de controle jurisdicional do provimento de cargos em comissão, pois isso na verdade é um seu pressuposto já assentado doutrinariamente em bases sólidas, mas sim analisar criticamente a configuração atual do problema e identificar situações concretas em que o provimento de cargos em comissão estará sujeito à revisão judicial.

# 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

## 1.1 Cargos em Comissão: Conceito e Formas de Provimento

O sistema de livre nomeação e exoneração para o preenchimento de cargos públicos vem servindo historicamente como porta de entrada de interesses particulares no Estado, permitindo a apropriação da coisa pública e a sua utilização como se privada fosse. Mesmo após a institucionalização da regra do concurso público permaneceu viva a previsão de livre nomeação e exoneração para os chamados cargos em comissão, conforme exceção contida na parte final do inciso II do artigo 37 da Constituição Federal.

Antes de desenvolver essa idéia central, contudo, faz-se necessário trazer algumas noções do que se entende por cargos públicos, e, especialmente, por cargos em comissão, de modo a delimitar o âmbito de abrangência das considerações que serão feitas doravante.

O presente trabalho utiliza-se de uma definição ampla de cargos públicos<sup>1</sup>, para abranger inclusive os empregos públicos. Foge ao objetivo do presente trabalho a diferenciação entre cargos, empregos ou funções, de modo que a referência ao primeiro abrange os demais, salvo ressalva expressa.

Cargo público, para os fins ora perseguidos, é o posto de trabalho na Administração Pública, seja provido por concurso público, livre nomeação, eleição, processo seletivo simplificado ou contratação temporária, abrangendo as funções públicas exercidas na Administração direta e indireta de todos os entes políticos<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Não desconhecemos a controvérsia quanto à definição de cargos públicos na legislação e na doutrina. Para os fins perseguidos no presente trabalho, porém, é suficiente a noção de cargo público como sendo o posto de trabalho no Serviço Público, no qual o servidor é investido por concurso ou por livre nomeação. Para uma visão geral sobre a controvérsia, v. CAMMAROSANO, Márcio. *Provimento de Cargos Públicos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, pp. 03-22.

<sup>2</sup> CAMMAROSANO, Márcio. *Provimento de Cargos Públicos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 17, menciona que a Constituição muitas vezes se utiliza de uma definição ampla de cargos públicos, tal qual aqui utilizada: “Em outras palavras: podemos encontrar em algumas normas jurídicas, principalmente a nível constitucional, o termo cargo público utilizado em acepção mais ampla, de sorte a denotar não apenas os cargos públicos em sentido estrito, isto é, aqueles cujos titulares são considerados funcionários públicos também em sentido estrito, mas inclusive funções e empregos públicos em geral, o que não é de se estranhar”.

Provimento é o ato de preenchimento de um cargo público mediante designação de seu titular (MEIRELLES, 2005, p. 419). Para Mário Masagão (1977, p. 186), provimento é o “ato administrativo pelo qual se designa titular ao cargo público”. Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 291) é o “ato de designação de alguém para titularizar cargo público”, ao passo que para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 600) é o “ato pelo qual o servidor público é investido no exercício de cargo, emprego ou função”.

À vista destas definições, podemos entender provimento como o ato de preenchimento dos cargos públicos, sendo essa noção suficiente para os fins deste estudo, cujo cerne gravita em torno do provimento dos cargos em comissão.

Cargos de provimento em comissão, para Celso Antônio Bandeira de Mello (*ibidem*, p. 289), “são aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los, a qual também pode exonerar *ad nutum*, isto é, livremente, quem os esteja titularizando”. Hely Lopes Meirelles (*ibidem*, p. 416) define-o como aquele “que só admite provimento em caráter provisório”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*ibidem*, p. 604) conceitua provimento em comissão como sendo “o que se faz mediante nomeação para o cargo público, independentemente de concurso e em caráter transitório”, enquanto para Marçal Justen Filho (2005, p. 593) cargos em comissão “são aqueles para os quais a lei prevê regime de ‘livre nomeação e exoneração’ (Constituição, art. 37, II)”.

Para José Cretella Júnior (1983, p. 528) “caracterizam-se os *cargos em comissão* por serem ‘de confiança’ e por serem seus titulares *demissíveis ‘ad nutum’*, sem processo”. Themístocles Brandão Cavalcanti (1967, p. 383) prefere um conceito puramente formal: cargo em comissão é aquele que a lei considera como tal.

Para uma primeira aproximação do tema, podemos definir cargo em comissão como sendo aquele preenchido mediante sistema de livre nomeação e exoneração, atribuindo-se à autoridade com poder de nomeação a prerrogativa de escolher livremente – embora não arbitrariamente, como veremos – o seu ocupante. Essa noção é também extraível do inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, ao excepcionar o provimento de cargos em comissão da regra do concurso público.

A justificativa para a existência dos cargos em comissão – a relação de confiança – é bem sintetizada por Diógenes Gasparini (1993, p. 208):

Os cargos de provimento em comissão são próprios para a direção, comando ou chefia de certos órgãos, onde se necessita de um agente que sobre ser de confiança da autoridade nomeante se disponha a seguir a sua orientação, ajudando-a a promover a direção superior da Administração. Por essas razões percebe-se quão necessária é essa fragilidade do liame. A autoridade nomeante não pode se desfazer desse poder de dispor dos titulares de tais cargos, sob pena de não poder contornar dificuldades que surgem quando o nomeado deixa de gozar da sua confiança. A exoneração, nessas hipóteses, é absolutamente imprescindível. Com ela se aplaca a ira de todos os envolvidos

A dificuldade, porém, reside na identificação das hipóteses em que a natureza das funções a serem desempenhadas exige uma relação especial de confiança. Veremos oportunamente que não basta a mera relação de confiança para justificar o comissionamento. Por ora, contudo, a justificativa supratranscrita é suficiente para a colocação do problema.

Extrai-se, da leitura do inciso V do artigo 37 da Constituição Federal, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, que o provimento de cargos em comissão, no direito brasileiro, pode se dar de duas formas: (i) incondicionado, quando a escolha do ocupante é ampla, sujeita apenas, conforme veremos, à observância dos princípios constitucionais da administração pública e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade; (ii) condicionado, quando, além da observância dos princípios referidos, exige-se que a escolha recaia sobre servidor de carreira, isto é, pessoa já integrante do Serviço Público.

Busca-se no presente trabalho analisar ao limites jurídicos para o provimento dos cargos em comissão, de modo que, em acréscimo à primeira definição supramencionada, pode-se definir provimento em comissão como sendo aquele em que, observados os princípios constitucionais da administração pública e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, investe-se no cargo pessoa escolhida livremente pela autoridade que detenha competência para a nomeação. Ressalte-se desde já, contudo, que ao incluir na definição a necessidade de observância dos princípios constitucionais da administração pública, busca-se sustentar que se trata de uma escolha livre todavia não arbitrária, vale dizer, trata-se de uma escolha balizada axiologicamente, de modo a reduzir o universo de discricionariedade da autoridade nomeante, como adiante se procurará demonstrar.

Além dessas diferenciações já delineadas, é importante atentar para uma outra, extraída da doutrina e da jurisprudência: a diferenciação entre os cargos de natureza política e os

cargos de natureza estritamente administrativa, para fins de provimento em comissão. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 579.951 o Supremo Tribunal Federal consignou que o que caracteriza o cargo político é o vínculo que o agente mantém com o Estado. Assim, “se esse for de natureza política, e não profissional, ou seja, se exerce um múnus público e conduz os destinos da sociedade, podemos afirmar estarmos diante de um cargo de natureza política, que deve ser desempenhado por um agente político”<sup>3</sup>. É o mesmo entendimento perfilhado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, pp. 511-512):

Não basta o exercício de atribuições constitucionais para que se considere como agente político aquele que as exerce, a menos que se considere como tal todos os servidores integrados em instituições com competência constitucional, como a Advocacia Geral da União, as Procuradorias dos Estados, a Defensoria Pública, os militares.

São, portanto, agentes políticos, no direito brasileiro, porque exercem típicas atividades de **governo e exercem mandato, para o qual são eleitos**, apenas os Chefes dos Poderes Executivos federal, estadual e municipal, os Ministros e Secretários de Estado, além de Senadores, Deputados e Vereadores. A forma de investidura é a **eleição**, salvo para Ministros e Secretários, que são de livre escolha do Chefe do Executivo e providos em cargos públicos, mediante **nomeação**.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, pp. 237-238), ao tempo em que consigna que agentes políticos “são os titulares de cargos estruturais à organização política do País, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder”, atribui tal condição apenas ao Presidente da República e Ministros de Estado, Governadores e Secretários estaduais, Prefeitos e Secretários municipais, Senadores, Deputados e Vereadores. Hely Lopes Meirelles (2005, p. 78) alarga a abrangência do conceito, para abarcar também os magistrados e membros do Ministério Público e dos tribunais de contas.

No presente trabalho adota-se a concepção restritiva de agente político, conforme perfilhada por Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, e acolhida no Supremo Tribunal Federal, com base nos quais pode-se divisar dois tipos de investidura dos agentes políticos: a investidura eletiva e a investidura livre. Esta constitui prerrogativa da autoridade nomeante; aquela decorre de eleição popular.

Há agentes políticos submetidos à investidura livre e agentes políticos sujeitos à investidura eletiva. A investidura livre dos agentes políticos restringe-se aos cargos de ministros

---

<sup>3</sup> Supremo Tribunal Federal, RE 579951, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 EMENT VOL-02338-10 PP-01876. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

de Estado e, por simetria, aos cargos de secretários estaduais e municipais, auxiliares diretos do chefe do Poder Executivo, ao passo que os demais agentes políticos estão sujeitos à investidura de caráter eletivo. Todos os demais cargos de investidura livre possuem natureza estritamente administrativa. Tal diferenciação é crucial para justificar a ideia - mais adiante desenvolvida - de que o provimento livre e incondicionado é inerente apenas ao preenchimento dos cargos de ministros e secretários estaduais e municipais, a demonstrar o equívoco do legislador constituinte de 1988 em estender tal provimento aos cargos estritamente administrativos.

As considerações lançadas no presente trabalho dirigem-se especificamente ao provimento dos cargos em comissão de natureza estritamente administrativa - assim entendidos todos aqueles cargos cujo provimento se dá mediante sistema de livre nomeação e exoneração, à exceção dos cargos dessa natureza ocupados por agentes políticos -, muito embora possam ser estendidas eventualmente ao provimento dos cargos em comissão que se revestem de caráter político. A nomeação para os cargos de ministros e secretários de governo possuem nítido viés político, muito embora não esteja infensa ao controle jurisdicional à vista do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Em face de suas peculiaridades, todavia, o controle jurisdicional do provimento dos referidos cargos há de observar parâmetros próprios, cujo desenvolvimento, embora não constitua o objeto primordial do presente estudo, pode-se aproveitar das idéias que serão desenvolvidas acerca do provimento de cargos em comissão de natureza estritamente administrativa.

Assentadas essas noções iniciais, insta tecer breves considerações sobre as relações existentes entre o Serviço Público e o princípio republicano, na busca de uma concepção republicana do Serviço Público.

## **1.2 *Res Publica* e Serviço Público**

O artigo 1º da Constituição de 1988 consagra peremptoriamente o Estado Brasileiro como democrático e republicano, o que implica uma série de conseqüências

resultantes do conteúdo material desses dois predicados, a influenciar a configuração de diversos outros institutos previstos constitucionalmente.

A concepção democrática implica a possibilidade de participação dos cidadãos nas decisões políticas do Estado, mas não só sob o aspecto eleitoral ou por intermédio dos instrumentos previstos no artigo 14 da Constituição, como se poderia entender em uma primeira aproximação, mas também na definição de políticas públicas por meio de conselhos comunitários, na confecção dos orçamentos participativos, na gestão da seguridade social (CF/88, art. 194, parágrafo único, inciso VII), da saúde (CF/88, art. 198, III) e da assistência social (CF/88, art. 204, II), entre outros meios. A idéia republicana exige, por sua vez, a transparência na gestão pública, a existência de controles sociais e a prestação de contas (*accountability*) dos agentes públicos, de modo a possibilitar a consecução do bem comum.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 981<sup>4</sup>, o Supremo Tribunal Federal deu a entender que, realizado o plebiscito previsto no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o princípio republicano constitui-se em cláusula pétrea implícita, insuscetível de derrogação pelo poder constituinte derivado, de modo que todas as instituições públicas devem ter uma feição republicana. Assim, o princípio republicano há de inspirar a existência e o funcionamento de todas as instituições estatais brasileiras, que devem, por isso, ser funcionalizadas para a obtenção do bem comum.

A República não é, porém, um dado, mas um construído. A afirmação, emprestada do pensamento da filósofa acerca da democracia, quer significar que a idéia republicana não é algo pronto e acabado, concebido num determinado momento histórico por um legislador gracioso. Ao revés, é idéia que se altera no tempo, fruto das intempéries sociais e políticas da história, sendo um ideal a ser permanentemente perseguido e aperfeiçoado.

A República, vê-se, é um conceito dotado de historicidade. Consequência disso é que o entendimento acerca da concretização do princípio republicano pressupõe uma busca de parâmetros que indiquem o conteúdo normativo que dá substância à República em um determinado momento. Isso porque é possível dizer que a República estadunidense não possui a mesma conformação da República francesa, da mesma forma que a República inaugurada no

---

<sup>4</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI 981 MC, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/1993, DJ 05-08-1994 PP-19299 EMENT VOL-01752-01 PP-00030. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

Brasil no ano de 1889 difere substancialmente daquela atualmente existente, muito embora todas elas mereçam a adjetivação republicana. A dificuldade não está, portanto, na identificação de uma forma de estado republicana, pois tal é facilmente encontrável nas leis fundamentais de um país, mas na definição concreta acerca do alcance do princípio republicano em uma determinada época<sup>5</sup>.

O próprio conceito de República é plurívoco, muitas vezes utilizado para identificar diversas formas de governo contrapostas à monarquia, sem que se chegue a um consenso sobre quais seriam os traços essenciais que caracterizariam um estado como republicano. Isso possivelmente ocorre porque a República é fruto das vicissitudes históricas irrepetíveis no tempo e no espaço, de sorte que é um conceito que somente adquire sentido quando concretizado num determinado momento histórico<sup>6</sup>, daí falar-se em I República,

<sup>5</sup> A dificuldade não passou despercebida por CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 223: “Será possível descobrir um qualquer ADN na República Portuguesa? Por palavras mais explícitas: quais os *traços* fundamentais da **República Portuguesa** tal como ela está constitutivamente recortada na Constituição da República Portuguesa de 1976? A pergunta – de resto, pouco original – não encontra respostas explícitas no texto da Constituição. Afirma-se neste que ‘Portugal é uma República soberana’ (artigo 1º) e configura-se a República Portuguesa como ‘um estado democrático de direito.’” E prossegue mais adiante o professor português: “A compreensão destas fórmulas linguísticas é, em geral, feita através da densificação do **princípio republicano** e da explicitação dos *lugares da memória e história* do republicanismo português. O modo tradicional de compreender a República deve hoje merecer algumas revisões. Com isso estaremos também em consonância com o *republican turn* ou *republican revival* a que hoje se assiste no direito constitucional, na história das ideias e na filosofia política. A ‘revisita’ republicana prende-se ainda com a actual controvérsia entre ‘liberais’ e republicanos (comunitaristas) desenvolvida sobretudo nos quadrantes culturais norte-americanos.” E mais à frente afirma: “A nível semântico, os enunciados linguísticos das constituições parecem reiterar a existência de uma *forma republicana de governo, constitutiva de uma inarredável identidade constitucional*. Quando se trata, porém, de descobrir os traços caracterizadores dessa forma republicana as dificuldades são imensas. Por um lado, a nível do direito constitucional positivo, a constituição é omissa quanto à densificação expressa da forma republicana. Por outro lado, em termos de direito comparado, há sempre que perguntar se para lá de fórmulas linguísticas idênticas ou semelhantes não haverá ‘memórias’ e mensagens jurídicas e políticas substancialmente diversas.” (*idem, ibidem*, p. 228).

<sup>6</sup> Sobre a alteração dos conceitos da filosofia e da ciência política no tempo e no espaço, interessante o pensamento de Reinhart Koselleck, citado por JASMIN, Marcelo Gantus e FERES JÚNIOR, João. *História dos Conceitos: dois momentos de um encontro intelectual*. In: JASMIN, Marcelo Gantus e FERES JÚNIOR, João (organizadores). *História dos Conceitos: debates e perspectivas*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Ed. Loyola: IUPERJ, 2006, pp. 24-25: “Em primeiro lugar, a distinção entre palavras e conceitos. Todo conceito político e social está associado a uma palavra, mas nem toda palavra é um conceito social e político. ‘Conceitos sociais e políticos possuem uma pretensão substancial à generalidade e têm sempre muitos significados’. O conceito ligado a uma palavra é sempre mais que esta palavra: ‘uma palavra torna-se um conceito quando a plenitude de um contexto político social de significado e experiência no e para o qual uma palavra é usada pode ser nela condensado’. Por isso, ‘conceitos são o concentrado de inúmeros significados substanciais, o que lhe confere uma necessária ambigüidade’ (Koselleck, 1985a, p. 84). Uma palavra pode ser, em seu uso, não-ambígua; um conceito, não.” E mais adiante: “O terceiro ponto diz respeito à legitimidade da noção de mudança dos conceitos subjacente à *Begriffsgeschichte*, e Koselleck trata a questão a partir do ‘triângulo linguístico’: palavra-significado-objeto ou realidade (sejam estes ideológicos ou empíricos). ‘O que importa’, afirma, ‘é que tão logo uma palavra seja usada com um significado específico, e com referência a uma realidade específica, ela é única (Koselleck,

República Velha, Nova República etc., como forma de delimitar a abrangência do conceito mediante adjetivações que lhe são agregadas. José Afonso da Silva (2008, p. 34) assim se refere à República mencionada no artigo 1º da Constituição de 1988:

O termo 'República' tem sido empregado no sentido de forma de governo contraposta à forma monárquica. No entanto, no dispositivo em exame ele significa mais do que isso. Aqui ele se refere a uma determinada *forma de governo*, mas é, especialmente, designativo de uma coletividade política com características da *res publica*, no seu sentido originário de coisa pública, ou seja: coisa *do povo e para o povo*, que se opõe a toda forma de tirania, posto que onde está o tirano não só é viciosa a organização, como também se pode afirmar que não existe espécie alguma de República. Em sentido menos formal, até se pode ter essa concepção como forma de governo.

O princípio republicano não se limita atualmente à realização de eleições periódicas que possibilitem a alternância de poder, como mera contraposição à monarquia, em que o poder decorre de laços familiares; possui conteúdo muito mais amplo, implicando a necessidade de governo voltado para a consecução do bem comum, com as implicações daí decorrentes, em especial a necessidade de aumentar a liberdade material dos cidadãos mediante criação de oportunidades iguais a todos, como acentua a doutrina (MENDES, GONET e BRANCO, 2007, pp. 137-138):

Estampado no *caput* art. 1º da Constituição de 1988, esse princípio (o republicano) traduz a nossa opção por uma *república constitucional*, ou seja, por uma forma de governo na qual – em igualdade de condições ou sem distinções de qualquer natureza – a investidura no poder e o acesso aos cargos públicos em geral – do Chefe de Estado ao mais humilde dos servidores – são franqueados a todos os indivíduos que preencham tão-somente as *condições de capacidade* estabelecidas na própria Constituição ou, de conformidade com ela, em normas infraconstitucionais. Neste sentido, o princípio republicano opõe-se radicalmente ao princípio monárquico, pois enquanto nas repúblicas os dirigentes são escolhidos pelo povo, diretamente ou através de seus representantes, para o exercício de mandatos temporários, já nos regimes monárquicos – mesmo naqueles que se consideram modernos porque são regidos por constituições *normativas*, como é o caso da Espanha e da Suécia, por exemplo – ainda aí essa investidura é de caráter hereditário e vitalício, recaindo, por sucessão, em algum membro da família reinante.

Por outro lado, enquanto o significado do termo República evolve e muda profundamente ao longo do tempo – a cesura ocorre na época da revolução democrática –, adquirindo conotações diversas conforme o contexto conceptual em que se insere, já na Monarquia há um núcleo semântico relativamente estável, expressivo de uma tendência comum, a despeito de pequenas variações no tempo e nas experiências locais e territoriais: a inclinação a um progressivo crescimento e centralização do poder nas

---

1994, p. 8)”. Ainda, KOSELLECK, Reinhart. *Uma Resposta aos Comentários sobre o Geschichte Grundbegriffe*. In: JASMIN, Marcelo Gantus e FERES JÚNIOR, João (Organizadores). *História dos Conceitos: debates e perspectivas*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Ed. Loyola: IUPERJ, 2006, p. 101: “Os conceitos podem se tornar antiquados porque os contextos nos quais se constituíram não mais existem. Portanto, embora os conceitos envelheçam, não possuem uma história autônoma. O conceito de *politeia* não pode ser separado da prática da cidadania nas *poleis* gregas; o conceito de *res publica* em Cícero depende na ordem política da Roma republicana no século primeiro.”

mãos do monarca, que ascende ao trono, em caráter hereditário e vitalício, por direito de nascimento. O rei é aquele que é gerado por outro rei ou designado por linha colateral da família que detém o poder monárquico.

Embora compreendidos nesses aspectos de caráter geral, os traços característicos da forma republicana de governo podem ser decompostos em elementos específicos, tais como: a existência de uma *estrutura político-organizatória* garantidora das liberdades civis e políticas; a elaboração de um *catálogo de liberdades*, em que se articulem o direito de participação política e os direitos de defesa individuais; o reconhecimento de corpos territoriais autônomos, seja sob a forma federativa, como no Brasil e Estados Unidos, seja pelo estabelecimento de autonomias regionais ou locais, como na Itália ou em Portugal, respectivamente; a *legitimação do poder político*, consubstanciada no princípio democrático de que a soberania reside no povo, que se autogoverna mediante leis elaboradas preferencialmente pelos seus representantes; e, afinal, a opção pela *eletividade, colegialidade, temporariedade e pluralidade*, como princípios ordenadores do acesso ao serviço público em sentido amplo – cargos, empregos ou funções – e não pelos critérios de designação, da hierarquia e da vitaliciedade, típicos dos regimes monárquicos. (esclarecemos no parêntese)

A efetivação dos direitos constitucionais fundamentais pressupõe a existência de instituições estatais encarregadas de garanti-los, de torná-los materialmente possíveis, especialmente em se tratando daqueles direitos cuja implementação invoca uma prestação positiva estatal. Dentre as instituições estatais encarregadas da promoção do bem comum destaca-se o Serviço Público<sup>7</sup>, donde a necessidade de atenção às formas de recrutamento dos servidores públicos. O princípio republicano, ao exigir a criação de oportunidades iguais, reclama a consagração do sistema meritocrático como regra de igualdade para o acesso aos cargos públicos. Isso ocorre não apenas porque a gestão da coisa pública é feita pelos integrantes do Serviço Público enquanto instituição, mas também em função de uma parcela dos agentes públicos ter a prerrogativa de, *sponte sua*, adotar decisões políticas<sup>8</sup> em nome do próprio Estado, como ocorre com os magistrados<sup>9</sup> e membros do Ministério Público, de modo que o preenchimento dos cargos públicos deve ser feito de forma a possibilitar a participação do cidadão na escolha das opções políticas e na gestão do Estado. Porém, é um equívoco crer que apenas os agentes políticos tomam decisões em nome do Estado. Todos os servidores públicos

---

<sup>7</sup> No presente texto a utilização do termo “Serviço Público” (com iniciais maiúsculas) designará a instituição estatal formada pelos diversos servidores públicos para a realização dos fins do Estado (concepção subjetiva), enquanto a referência a “serviço público” (em minúsculas) dirige-se ao conjunto de atividades exercidas pelo Estado para a consecução do interesse público (concepção objetiva).

<sup>8</sup> Ao falarmos em “decisões políticas” adotamos o sentido puro do termo (*polis*), sem qualquer conotação político-partidária. Procuramo-nos referir a decisões que reflitam manifestação do próprio poder estatal.

<sup>9</sup> Já Kelsen dizia tratar-se a decisão judicial de um ato de vontade. Para uma síntese crítica do pensamento kelseniano referente ao tema, v. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Interpretação Como Ato de Conhecimento e Interpretação Como Ato de Vontade: a tese kelseniana da interpretação autêntica*. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coordenador). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 121-149.

detêm uma parcela do poder estatal, decorrente das atribuições dos cargos que ocupam, como observa argutamente Odete Medauar (2003, pp. 137-138):

Um primeiro ponto a indicar situa-se na ambigüidade da idéia de Administração executora e neutra, se cotejada à existência de atuações com ampla discricionariedade. Mesmo informada pela idéia de dependência à política, pela idéia de atividade subordinada, a Administração adquiriu, em cerca de meio século, grande peso entre as instituições estatais, surgindo mesmo a denominação *Estado administrativo*, dado o evidente poder de que se reveste.

A tentativa de sustentar a existência de divisão nítida entre política e Administração encontra algum apoio na ética organizacional, quando se pensa nos órgãos cujos titulares originam-se de processo eleitoral (geral e não interno); no entanto, hoje não mais se duvida da influência exercida por funcionários da carreira ou de outras categorias (não originadas de eleição) nas decisões tomadas por autoridades da cúpula do Executivo; é pacífica a inclusão da burocracia entre os centros efetivos de poder político; outros entes participam de fato de exercício de poder político, mas a burocracia age de dentro da organização estatal.<sup>10</sup>

Uma questão primordial que se apresenta na República é exatamente a forma de recrutamento dos servidores públicos. A Constituição Federal (art. 37, II) estabeleceu o concurso público como regra para o ingresso no Serviço Público, ressalvadas apenas as nomeações para cargos em comissão - conforme previsão do próprio dispositivo -, as contratações temporárias fundadas em excepcional interesse público (art. 37, IX), as nomeações para os tribunais judiciários e de contas, o processo seletivo público (art. 198, § 4º) e os cargos eletivos. Em sendo assim, não se pode negar àqueles que atendam as exigências da lei a possibilidade de ingresso no Serviço Público, como meio de participação ativa na condução da esfera estatal.

Para os fins ora tratados avulta em importância a forma de provimento dos cargos em comissão mediante livre nomeação e exoneração, a implicar exceção ao sistema meritocrático do concurso público. É que a nomeação de *extraneus* ao Serviço Público há de se compatibilizar com os princípios constitucionais da administração pública, dos quais haure a sua legitimidade à vista da concepção republicana de governo. Enquanto a legitimação inaugural dos servidores públicos concursados decorre do recrutamento mediante critérios meritocráticos, o provimento dos cargos em comissão somente se faz legítimo caso a nomeação atenda às necessidades de legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência no trato da coisa pública.

O estabelecimento de condições objetivas para o provimento de cargos em comissão, além de não implicar em restrição à liberdade do administrador – uma vez que a discricionariedade somente surge após a exclusão das opções inconstitucionais –, é exigência

---

<sup>10</sup> MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 137-138.

que se extrai dos valores maiores consagrados nos princípios constitucionais. Assim, melhor seria dizer que o cargo em comissão é aquele cujo provimento está sujeito à discricionariedade administrativa quanto à nomeação, ao invés de dizê-lo livre.

A dificuldade reside, porém, na identificação de quais hipóteses de provimentos de cargos em comissão poderiam implicar ofensa aos princípios constitucionais da administração pública ou aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Embora existam situações em que o gravame é evidente, casos há em que pode haver dúvida razoável, o que justifica o controle jurisdicional para dar consistência normativa aos princípios mediante aplicação *in concreto*.

O Serviço Público é constantemente permeado por interesses particulares<sup>11</sup>, o que pode ser explicado pelas próprias origens históricas do Estado brasileiro, conforme relata Antônio Carlos Wolkmer (2008, pp. 19-20):

Em síntese, no processo de formação de nossas instituições jurídicas e políticas, atravessadas por exclusões e desigualdades sociais, destacou-se a contraditória confluência, de um lado, da herança colonial ibérica burocrática-patrimonialista, marcada por práticas ausentes de democracia e participação; de outro, de uma tradição liberal individualista que serviu e sempre foi utilizada, não em função autêntica da sociedade, mas o interesse exclusivo de grande parcela das elites hegemônicas locais, detentoras do poder, da propriedade privada e dos meios de produção da riqueza.

A nomeação por formas outras que não o concurso público é um dos mecanismos pelos quais historicamente o interesse particular vem adentrando na instituição, desviando-a do bem comum. Tal, porém, não é exclusividade brasileira, como menciona Themístocles Brandão Cavalcanti (1967, p. 357):

As origens do *Civil Service* nos Estados Unidos exprimem bem as dificuldades ali surgidas e a luta travada entre a conveniência do serviço e a conveniência da política, para impor ao Poder Executivo limitações ao livre arbítrio da escolha dos funcionários do Estado, que têm de prover às necessidades do serviço público.

A teoria sustentada por Jackson, de que a função pública deveria ser transitória e o funcionário nomeado por tempo indeterminado, provocou a primeira manifestação no sentido de estabelecer um sistema regulando o provimento dos cargos públicos e a estabilidade dos funcionários.

Este regime é denominado, na História americana, *spoils system*, e isto devido à frase lançada por Jackson em 1829: *'To the victors belong the spoils'*.

Este presidente aplicou desde logo o sistema da demissão em massa de funcionários, para substituí-los por outros de sua imediata confiança política. De 1845 a 1865 marca-se o apogeu do *spoils system* naquele país.

A eleição presidencial passou a ser um acontecimento político, cujo preço era o Serviço Civil.

---

<sup>11</sup> LEAL, Victor Nunes. *Conceituação e consequência do coronelismo*. In: MENESES, Djacir (organizador). *O Brasil no Pensamento Brasileiro*. Brasília: Senado Federal, 1998, p. 274, refere-se à utilização de cargos públicos como *processo usual de ação partidária*.

A apropriação do Serviço Público por interesses particulares traz um déficit de legitimidade às instituições estatais e alimenta o distanciamento entre o Estado e a sociedade, que passa a vê-lo como um *locus* de privilégios<sup>12</sup>. É necessário superar, portanto, a concepção do Estado como um *locus* da autoridade e passar a vê-lo com um *alterego social* dos cidadãos, como apregoa José Adércio Leite Sampaio (2004, p. 353):

Pesa talvez mais do que a inversão dos direitos supostamente realizados, a cultura do imobilismo serviçal da sociedade à autoridade. Aliás, a inversão nela encontra explicação e refúgio. Chamamos esse imobilismo ao complexo de crenças e práticas quase religiosas na capacidade redentora do Estado, não propriamente como *instituição do todo e de todos*, mas como um *locus* da autoridade. Não vejamos nessa afirmação uma contradição em termos ou de *performance*, apenas um paradoxo. O Estado como instituição é visto como espaço de privilégio e de corrupção, como um *outro* e não como um alterego social.

A apropriação do Serviço Público por interesses particulares é incompatível com o princípio republicano, muito embora a preocupação com tal fenômeno, na visão de Bresser Pereira (1998, pp. 24-25), somente tenha-se tornado nítida em época recente:

O surgimento do Estado do Bem-Estar Social, para reforçar os direitos sociais, e o papel cada vez maior que o Estado assumiu ao promover o crescimento econômico e a competitividade internacional em nosso século significaram um enorme reforço à idéia de Estado como res publica. E também significaram um aumento considerável da cobiça de indivíduos e de grupos desejosos de submeter o Estado a seus interesses particulares. A privatização da carga fiscal (forma principal da res publica) passava a ser o principal objetivo dos rent-seekers.

No século XVIII, historicamente, compreendeu-se a importância de proteger o indivíduo contra um Estado oligárquico e, no século XIX, a importância de proteger os pobres e os fracos contra os ricos e poderosos, mas a importância de proteger o patrimônio público só passou a ser dominante na segunda metade do século XX. Não por acaso, quase simultaneamente, um cientista político socialdemocrata brasileiro (Martins, 1978) escreveu pela primeira vez sobre a ‘privatização do Estado’, e uma economista norte-americana conservadora (Krueger, 1974) definiu rent-seeking. Ambos se referiam ao mesmo problema: percebiam que era necessário proteger a res publica contra a ganância de indivíduos e grupos poderosos. Se, no século XVIII, foram definidos os direitos civis, e, no século XIX, os direitos sociais, passava agora a ser necessário definir um terceiro tipo de direitos, também básicos – os direitos políticos: os direitos de que gozam todos os cidadãos, de que seja público o que de fato é público. Ou, em outras palavras, o direito de que a propriedade do Estado seja público, isto é, de todos e para todos, não apropriada por uns poucos.

---

<sup>12</sup> PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento Ilícito no Exercício de Cargos Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, pp. 21-22, após afirmar que “a opinião pública ainda não se advertiu de que o locupletamento indevido, por parte dos governantes, somente pode ser obtido mediante violação dos deveres éticos inerentes a seus cargos ou funções e que cada ato atentatório da deontologia profissional do político ou do administrador implica sempre a alteração das finalidades do Estado, em fazê-lo funcionar em benefícios de grupos econômicos ou de indivíduos, e em detrimento do povo, quando o seu escopo é o de atuar sempre no exclusivo sentido da realização do bem-estar social da coletividade”, arremata: “Ao enriquecimento ilícito dos governantes corresponde necessariamente, como contraprestação fatal, o empobrecimento do povo, sob a forma de agravação de suas condições de vida.”

O estamento burocrático dominante utilizou-se historicamente da distribuição de cargos públicos para a obtenção de privilégios, de sorte que deve haver mecanismos republicanos que impeçam o retrocesso à patrimonialização do Estado<sup>13</sup>. Isso se deve, entre outros fatores, à existência de burlas ao sistema meritocrático de recrutamento dos servidores públicos. Como descrito por Sérgio Buarque de Holanda (1998, p. 532), a própria origem do Serviço Público nacional - criado originalmente para a defesa de interesses do colonizador e, posteriormente, do imperador - indica que há muito a aperfeiçoar:

Com o declínio da velha agricultura e com a lenta formação de uma burguesia urbana é que se desenvolveu, com caráter próprio, o nosso aparelho burocrático. As funções públicas constituíram, desde muito cedo, aliás, o apanágio quase exclusivo da mesma casta de homens a que pertenceram os nossos proprietários rurais. Alimentavam, com frequência, a mesma digna ociosidade, que tanto singularizou esses senhores-de-engenho, de quem dissera Antonil que os escravos eram suas mãos e pés. A constituição de uma burocracia numerosa e próspera, comportando postos cuja remuneração e cuja importância social estavam, muitas vezes, - quase sempre - na razão inversa do trabalho que lhes correspondia, impunha-se como o expediente próprio para assegurar um bem-estar relativo a parte considerável da população que, do contrário, se veria condenada a uma irremediável ruína. E quando não os assegurasse, valeria, ao menos, pelo efeito compensador que garante a um indivíduo maltratado pela sorte a possibilidade de se conceber não somente como cidadão do 'maior e mais rico país do mundo' mas, sobretudo, como peça necessária de seu mecanismo administrativo, como parte do estado, de um 'nós' poderoso e respeitável.

Com efeito, o Serviço Público brasileiro não surgiu como consequência das necessidades sociais do povo, mas sim para a acomodação de interesses de elites que comandavam o Estado, objetivo este que se mostrava parcialmente incompatível com o sistema meritocrático. A nobilitação daqueles que serviam aos interesses da Coroa repudiava a

<sup>13</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 123, indica que a forma de provimento dos cargos públicos já era preocupação dos primeiros constituintes portugueses: “A *administração pública* – ou melhor, a ‘construção’ ou ‘reconstrução’ da **administração pública** – constituiu um outro momento fundamental do programa constitucional revolucionário. Tratava-se de uma reacção contra a hereditariedade e venialidade dos cargos públicos e da afirmação do princípio de acesso aos cargos públicos segundo a capacidade dos indivíduos e sem outra distinção que não fossem as virtudes e talentos do indivíduo (cfr. Constituição de 1822, arts. 12º e 13º). Se os códigos civis (a começar no Código de Napoleão de 1807, que influenciou o nosso Código Civil de 1867, também chamado de ‘Código de Seabra’) afirmavam o princípio da igualdade nas relações jurídicas civis, também a legislação administrativa (embora não codificada) deveria erguer-se sobre um modelo de relações jurídico-funcionais assente na ‘igualdade do sujeito de direito’. Em termos práticos, isto significava que o exercício de cargos e funções públicas não poderia radicar em condições particularísticas de privilégios.” Ainda REZENDE, Renato Monteiro de. *Concurso Público: avanços e retrocessos*. In: DANTAS, Bruno et al. *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois*. Brasília: Senado Federal, 2008, p. 326.: “Fala-se muito da necessidade de se conferir eficiência à Administração Pública. Sob essa perspectiva, os controles e limitações impostos pela Constituição de 1988 costumam ser apontados como uma das principais causas da ineficiência na gestão pública. No que concerne à regra do concurso público, o risco embutido em tais propostas flexibilizadoras é o de retorno ao predomínio das conhecidas práticas do Estado patrimonialista, em um país no qual sequer se pode dizer tenha se completado, de forma universal, a implantação do sistema burocrático de recrutamento por mérito no setor público.”

consagração do sistema de mérito para acesso aos cargos públicos; o mérito era então aferido pela atuação conforme os interesses da Coroa. Essa patologia congênita do Serviço Público vem atravessando diversas gerações, sem que se consiga extirpar a utilização dos cargos públicos como instrumento de manipulação de poder. O aperfeiçoamento da administração pública brasileira passa necessariamente não apenas pela generalização do sistema meritocrático, mas também pela possibilidade ampla de controle jurisdicional do provimento dos cargos em comissão e, ainda, pela previsão de requisitos objetivos para a investidura, como se verá oportunamente.

A previsão do amplo acesso ao Serviço Público mediante concurso público vem ao encontro das necessidades de aperfeiçoamento das instituições, não apenas por homenagear o sistema meritocrático, mas por diminuir substancialmente a influência de interesses particulares na condução da *res publica*, possibilitando a profissionalização do Serviço Público e sua caracterização como instituição de Estado e não de governo<sup>14</sup>. À República Brasileira de 1988 aplica-se perfeitamente o pensamento de José Joaquim Gomes Canotilho (2003, pp. 227-228) acerca da República Portuguesa de 1976, ao sustentar a necessidade de que a atividade estatal não deve se confundir com os interesses dos particulares que eventualmente estejam encarregados de exercê-la:

A República Portuguesa incorpora aquilo que sempre se considerou como um princípio republicano por excelência: a concepção de *função pública e cargos públicos* estritamente vinculados à prossecução dos interesses públicos (art. 269º) e do bem comum (*res publica*) e radicalmente diferenciado dos assuntos ou negócios privados dos titulares dos órgãos, funcionários ou agentes dos poderes públicos (*res privata*).

As nomeações para os cargos em comissão, por serem exceções à regra do concurso público, devem ser interpretadas restritivamente e com inspiração no princípio republicano, para impedir o vilipêndio aos princípios constitucionais da administração pública. Ante a ausência de parâmetros legais explícitos para a análise judicial de tais nomeações, o controle jurisdicional há de ser amplo, tendo por balizas os princípios constitucionais previstos no art. 37 da Constituição Federal.

---

<sup>14</sup> É o que defende MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21a ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 244: “De outro lado, a Constituição e as leis outorgam aos servidores públicos um conjunto de proteções e garantias tendo em vista assegurar-lhes condições propícia a uma atuação imparcial, técnica, liberta de ingerências que os eventuais e transitórios ocupantes do Poder, isto é, os agentes políticos, poderiam pretender impor-lhes para obtenção de benefícios pessoais ou sectários, de conveniência da facção política dominante no momento”.

A própria análise da evolução histórica das formas de acesso aos cargos públicos indica que a cultura política brasileira, sob aparência de legalidade, vem desvirtuando os fins republicanos. A análise da evolução histórica das formas de ingresso no Serviço Público brasileiro pode trazer subsídios úteis à densificação do princípio republicano no que respeita à forma de provimento dos cargos em comissão.

## 2 CONTROLE JURISDICIONAL DO PROVIMENTO EM COMISSÃO: PARÂMETROS GERAIS

### 2.1 A Evolução das Formas de Ingresso no Serviço Público no Brasil

A concretização de uma norma constitucional pressupõe a existência de uma *vontade de constituição*, de um *patriotismo constitucional*. Tal não decorre diretamente da norma jurídica; há de ser buscado na dinâmica dos fatos sociais, na correlação das forças sociais em um determinado momento histórico, na conscientização dos cidadãos quanto à necessidade de observância do ordenamento constitucional.

Isso ocorre porque a eficácia social de um princípio jurídico decorre de sua consideração espontânea por aqueles a quem é dirigido. Ausente o sentimento social de observância da norma constitucional, passa-se à existência puramente nominal. Assim, a análise acerca da densificação do princípio republicano em uma determinada época exige uma análise histórico-evolutiva das forças sociais com o intuito de encontrar, no desenrolar dos fatos pretéritos, a existência de condições atuais para a legitimação social da norma. Nesse sentido é a lição de Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 143):

A interpretação constitucional pressupõe uma discussão acerca da concepção de constituição, da tarefa do direito constitucional, da interação da realidade constitucional com a realidade política do Brasil e, ainda, acerca da contextualização e da evolução histórica dos institutos constitucionais brasileiros. É necessário, em suma, que se desenvolva uma teoria constitucional brasileira.

Para os objetivos ora perseguidos, interessa saber como se deu a evolução das formas de ingresso no Serviço Público nas diversas constituições brasileiras, e, em especial, se as previsões constitucionais eram efetivamente observadas nas *praxis* jurídica e política nacionais, já que a mera previsão constitucional do *merit system* não é *per se* suficiente à superação de condicionantes históricos que teimam em se perpetuar, como menciona Joan Prats i Catalá (1998, p. 295):

A burocracia é certamente compatível com a democracia e com o autoritarismo político. Mas não pode desenvolver plenamente nenhuma de suas qualidades e potencialidades se o Estado não gozar de um mínimo de autonomia em relação aos diferentes grupos de interesse. A falta dessa autonomia perverteu quase todas as reformas administrativas na

América Latina. Lembro-me de um esplêndido projeto de implantação do sistema de méritos no serviço público de determinado país que incluía a legislação pertinente, o registro informatizado do pessoal, a classificação de cargos e até um sistema de avaliação de desempenho. No papel, era um projeto excelente. Pena que o projeto não levasse em consideração que o equilíbrio político do país exigia que boa parte das nomeações para cargos públicos ficasse à disposição discricionária da oligarquia partidária que ocupava o poder. Até que ponto é possível se adotar o princípio do mérito, condição necessária da burocracia, sem fazer antes a reforma política do Estado patrimonialista?

As causas da resistência à implementação do sistema meritocrático de acesso aos cargos públicos no Brasil podem ser buscadas no desenrolar dos fatos sociais passados. Historicamente o ingresso no Serviço Público brasileiro deu-se para a acomodação de interesses particulares, mesmo após a previsão constitucional dos concursos públicos. Se antes havia desobediência deliberada à norma, em um segundo momento passou-se a burlar a regra do concurso público mediante expedientes diversos, até se chegar à fórmula jurídica do provimento dos cargos em comissão mediante sistema de livre nomeação e exoneração, atualmente vigente.

O provimento dos cargos em comissão mediante livre nomeação e exoneração constitui-se em herança do Estado Patrimonial português, em que, ausente a separação das coisas privada e pública, o soberano via nas instituições estatais uma forma de atender aos seus interesses, provendo os cargos públicos ao seu alvedrio.

O aparato administrativo brasileiro, sob influência do colonizador, surgiu como uma extensão dos interesses do soberano, a quem competia utilizar os cargos públicos da maneira que melhor lhe conviesse. As origens patrimonialistas do Estado português – que influenciarão fortemente a formação das instituições brasileiras – estão mencionadas por Raymundo Faoro (2008, p. 20):

Nos tormentosos dois séculos iniciais do reino de Portugal traçaram-se limites nítidos entre o exercício de um cargo e a propriedade privilegiada. O país se dividia em circunscrições administrativas e militares, as ‘terras’ ou ‘tenências’, cujo superior governo cabia a um chefe, o ‘*tenens*’, dentro das quais se constituíam distritos, os ‘préstamos’, administrados por um prestameiro designado pelo rei. A função pública de primeiro nível cabia ao nobre, senhor da terra ou alheio ao solo jurisdicionado. Igualmente as circunscrições judiciais (julgados) e as circunscrições fiscais (almojarifados) dependiam, no provimento dos cargos, da exclusiva escolha régia. O corpo de funcionários recebia a remuneração das rendas dos casais, aldeias e freguesias, dos estabelecimentos não beneficiados com a imunidade fiscal. Os cargos eram, dentro de tal sistema, dependentes do príncipe, de sua riqueza e de seus poderes.

O sistema patrimonial, ao contrário dos direitos, privilégios e obrigações fixamente determinados do feudalismo, prende os servidores numa rede patriarcal, na qual eles representam a extensão da casa do soberano. Mais um passo, e a categoria dos auxiliares do príncipe comporá uma nobreza própria, ao lado e, muitas vezes, superior à nobreza territorial. Outro passo ainda e os legistas, doutores e letrados, conservando os fumos

aristocráticos, serão sepultados na vala comum dos funcionários públicos, onde a vontade do soberano os ressuscita para as grandezas ou lhes vota o esquecimento aniquilador.

A origem do aparato burocrático brasileiro há de ser buscada nas práticas administrativas do colonizador, uma vez que as instituições brasileiras foram concebidas inicialmente com o foco no além-mar, para o atendimento de necessidades externas ao povo da *terra brasilis*. Esse vício original reflete-se ainda hoje na prática administrativa brasileira, muitas vezes voltada ao atendimento de necessidades do Estado e não da sociedade. Após o descobrimento do Brasil, as práticas patrimonialistas portuguesas foram naturalmente transplantadas para a Colônia. Nessa época a Coroa portuguesa era pródiga na distribuição de cargos públicos para acomodação de interesses régios, como relata Faoro (2008, p. 65):

No Século XVI os leigistas formavam uma espécie de casta. Os cargos da magistratura superior eram geralmente desempenhados, no meado desse século, por famílias ligadas mais ou menos entre si pelos laços do parentesco. Os mesmos lugares subalternos da administração judicial andavam providos comumente em pessoas que dependiam dos empregados superiores.

Os cargos serviam então aos seus ocupantes, e não o contrário. Nas palavras de Faoro (*ibidem*, p. 75), os cargos eram criados para os homens e não os homens para os cargos, é dizer, a necessidade de criação de cargos não era decorrência do interesse público, mas do interesse do soberano em acomodar seus protegidos:

Importa assinalar, sem extravio do pormenor da expansão marítima, o rumo da formação política, urgida pelas conquistas. O Estado se incha de servidores, que engrossam o estamento, ramificado na África, Ásia e América, mas sobretudo concentrado no reino, com a multidão de ‘pensionistas’ e dependentes, fidalgos e funcionários, todos sôfregos de ordenados, tenças e favores – o rei paga tudo, abusos e roubos, infortúnios comerciais e contratos fraudados. Ia-se à Índia, diz uma testemunha do tempo, como quem vai vindimar a sua vinha. No país, os cargos são para os homens e não os homens para os cargos.

Os cargos públicos foram então utilizados como instrumento de incentivo à colonização brasileira, concentrando, ao mesmo tempo, competências públicas e privadas, o que justifica a relativa confusão existente no imaginário popular acerca dos limites entre a esfera pública e a esfera privada. O cargo público vinha acompanhado de privilégios comerciais, numa separação nem sempre nítida. Sobre o assunto discorre Faoro (2008, pp. 140-141), desta feita referindo-se ao Brasil colonial:

O capitão e governador seria, portanto, um colono, com suas terras próprias, como qualquer outro colono. Avultavam os privilégios que se lhe concediam, ainda como particular, privilégios tradicionalmente outorgados aos comerciantes ligados ao reino, na metrópole. Sobre essa qualidade, de ordem particular, sobressaíam as suas funções públicas – aquelas que destacavam a capitania de uma fazenda, equiparando-a a uma

provincia. Agora, a despeito da hereditariedade do cargo, das atribuições amplas, ele agia em nome do rei, sujeito implicitamente aos seus ditames, como se depreende ao limitar os negócios do rei dos seus, quer na justiça, no comércio e no regime fiscal. Não se trata, agora, de privilégios econômicos, mas de competência pública, sempre restrita, restrita quer pelas ordenações do reino ou pelo conceito então reinante dos poderes centralizadores do soberano. É o contexto geral da estrutura de governo, plantada, desenvolvida e fixada desde Avis, que explica a contradição aparente – mais forjada do que aparente – entre as donatarias e a organização político-administrativa do reino. O capitão podia criar vilas, nomear ouvidores, dar tabelionatos tanto de notas como judiciais, tudo, porém, sujeito à alçada, com a reserva vigilante, embora nem sempre clara, do monarca.

Malgrado o sistema de capitánias hereditárias, a Coroa Portuguesa “estava certa de que a colonização, empreendida sob seu comando, traria maiores rendas, além de cargos públicos para os fiéis vassallos” (*ibidem*, p. 166). Os cargos eram então utilizados como moeda de troca para acomodação de interesses das elites, como instrumento de nobilitação que contribuiu para o apaziguamento das classes dominantes, reunidas em um estamento, como relata Faoro (*ibidem*, p. 202):

O cargo público em sentido amplo, a comissão do rei, transforma o titular em portador de autoridade. Confere-lhe a marca de nobreza, por um fenômeno de interpenetração inversa de valores. Como o emprego público era, ainda no século XVI, atributo do nobre de sangue ou do cortesão criado nas dobras do manto real, o exercício do cargo infunde o acatamento aristocrático aos súditos. Para a investidura em muitas funções públicas era condição essencial que o candidato fosse ‘homem fidalgo, de limpo sangue’ (Ordenações Filipinas, L. I, tít. I), ou de ‘boa linhagem’ (idem, tít. II).

A distribuição dos cargos públicos contemplava não apenas os filhos da nobreza - já dependente historicamente das benesses reais -, mas também os integrantes da burguesia, com o intuito de cooptá-los para o atendimento dos interesses mercantilistas de Portugal. A reunião de classes com aspirações tão diversas tem por ponto central o interesse comum em se integrar ao círculo de proteção do soberano, e a via escolhida era uma só: os cargos públicos. Os cargos públicos foram assim o instrumento para formação do estamento que unia a burguesia e a nobreza, como assinala Faoro (*ibidem*, p. 203):

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

Os cargos públicos eram utilizados à época como instrumento de ascensão social. O acesso a eles, porém, era limitado arbitrariamente pela vontade do soberano, que os distribuía conforme seus interesses, o que fazia da submissão ao soberano uma condição inafastável para os interessados no exercício das funções públicas, como acentua Faoro (2008, p. 236):

A burguesia se enobrece com a compra de cargos, o pardo se afidalga com o uniforme das forças paramilitares. O cargo domestica turbulências dispersas, imantando, na sua dignidade, a submissão ao soberano. O velho e tenaz patrimonialismo português desabrocha numa ordem estamental, cada vez mais burocrática no seu estilo e na sua dependência.

A satisfação dos interesses do soberano não encontrava limites para a distribuição dos cargos públicos. Estes podiam inclusive ser negociados, o que bem demonstra que o provimento não tinha por objetivo o atendimento dos interesses dos súditos. Nas palavras de Faoro (*ibidem*, p. 243):

A riqueza exige maior participação nos negócios públicos e o afidalgamento, reservado este, no primeiro século, aos senhores de engenho, aos conquistadores militarizados e aos funcionários públicos. A tendência se reforça, no século XVIII, com a venda de cargos públicos, porta ampla que permite à burguesia acotovelar, familiarmente, a aristocracia.

Com a independência os ânimos aristocráticos foram serenados pela recorrente distribuição de cargos públicos e pela descentralização do provimento. Segundo Faoro, “o meio de submissão e controle da população fez-se pelo emprego público, reservada ‘a criação, supressão e nomeação’, no âmbito municipal e provincial, às assembleias legislativas” (*ibidem*, p. 355). E sintetiza (*ibidem*, p. 357):

O cargo público, a velha realidade do estamento, será o único foco de poder, poder que dá prestígio, enobrece, propicia e legitima a riqueza. Para conquistá-lo e para conservá-lo desencadeiam-se as energias, ferozes ou manhosas, de acordo com as circunstâncias e com a oportunidade. Mandar, e não governar, será o alvo – mando do homem sobre o homem, do poderoso sobre o fraco, e não o institucionalizado comando, que impõe, entre o súdito e a autoridade, o respeito a direitos superiores ao jogo do poder. O emprego público sagra-se na presa do vencedor, expressão de caudilhismo.

Nesse período inicial não havia uma legislação propriamente brasileira; as relações jurídicas eram regidas pelas ordenações portuguesas e pelos atos régios, situação que persistiu até a Independência.

A Constituição Imperial de 1824 estabelecia em seu artigo 179, XIV que “todo o cidadão pode ser admittido aos Cargos Publicos Civis, Politicos, ou Militares, sem outra differença, que não seja dos seus talentos, e virtudes”. Tratava-se de fórmula vazia, uma vez que não havia previsão de concurso público, de modo que os cargos públicos eram providos conforme os interesses imperiais, que no Segundo Reinado eram tendencialmente centralizadores, como menciona Faoro (2008, p. 425):

O modelo estaria próximo da política de clientela, com fundamental distorção autoritária. A pequena comunidade não se vincula ao quadro geral, pela intermediação dos chefes políticos, com a importação de técnicas modernizantes, senão que se subordina, passivamente, aos padrões vindos de fora. Configurava-se o que José de

Alencar denominou ‘a extorsão da soberania popular’. Os grupos de empregados públicos ou aspirantes aos cargos tomam o lugar das chefias locais e as submetem, com a mostra do símbolo da autoridade ou com o chicote sem máscara. Onde está o povo? pergunta o escritor. ‘Nas urnas só acho as cédulas pagas à vista ou descontadas com promessas de rendosos empregos e depreciadas condecorações.

A previsão da ampla acessibilidade aos cargos públicos era esvaziada pela ausência de um sistema de recrutamento meritocrático. Os cargos públicos eram acessíveis a todos aqueles que tivessem a simpatia imperial. Após a independência continua a distribuição dos cargos públicos, sempre para o atendimento dos interesses do governo central, submetendo os poderes locais ao jugo imperial (FAORO, 2008, p. 440):

Depois de concluída a obra centralizadora, a eleição de um deputado decorria de manobras urdidas na corte. O pretendente deveria ser *filhote*, filho de um político influente, senador, ministro ou conselheiro de Estado, ou protegido de uma dessas figuras dominantes. O cargo público, sobretudo o de juiz, fora o passo inicial, ao ponto de, num período, a deputação se compor, na maior parte, de magistrados. O ato eleitoral, como observado, obedecia a um regente local: o presidente de província. O proprietário de terras, capaz, pela riqueza, de atuar autonomamente, não dispunha de meios de controle da máquina, inacessível, pela sua extensão e centralização, ao domínio de baixo para cima. Além disso, o financiamento do aparelho não estava a seu cargo, senão que se fazia por conta do governo, com os empregos públicos.

Com efeito, as nomeações para os cargos públicos, criados pela Assembléia Geral (art. 15, XVI), continuavam nas mãos do Imperador, a quem competia a nomeação de bispos (art. 102, II), magistrados (art. 102, III), comandantes das Forças Armadas (art. 102, V), embaixadores e agentes diplomáticos e comerciais (art. 102, VI), bem como o provimento dos demais empregos civis e políticos (art. 102, IV) e a designação dos Presidentes de Províncias (Art. 165).

As nomeações para os cargos judiciais serviram à administração dos interesses imperiais, “fazendo com que a justiça fosse partidária, e o cargo, utilizado para futuros processos eleitorais (fraudes e desvios) ou mesmo para recompensar amigos e políticos aliados” (WOLKMER, 2006, p. 93). O mesmo ocorria com o ministério público local, cujos membros, em regra, eram nomeados e exonerados livremente, sendo a instituição utilizada, habitualmente, como instrumento de ação partidária (LEAL, 1976, p. 204). Continuava a prática da personalização das instituições, moldadas ou alteradas conforme os interesses dos que detinham o poder político (ANDRADA, 1996, p. 174):

Aqui, D. João VI organiza o aparato administrativo que vai sem maior dificuldade dar nascimento à Burocracia, alicerce do Estado Nacional surgido em 7 de setembro. Esta burocracia conquistará posição de relevo na formação da estrutura brasileira. Irá fornecer figuras de valor para os altos cargos públicos. Na primeira hora ela se confunde, se mistura com as elites políticas, os representantes dos latifúndios e os elementos mais expressivos da burguesia urbana. Pouco a pouco irá se diferenciando, e ,

nos meados do século passado, logo após a maioria de Pedro II, ela se firma, através de apoio que o Monarca, no Segundo Reinado, lhe dá. Adquire autonomia e alguma conotação neutralista, apesar das famosas ‘derrubadas’ de servidores do Império que o Partido Liberal e o Partido Conservador promoviam quando conquistavam um deles o Poder, derrotando o outro.

Em razão da centralização política empreendida no Segundo Reinado, “os partidos políticos amoldaram-se aos tempos novos, amenizando a compreensão para adequá-la a ‘arranjar’ empregos, favores e benefícios para os cabos eleitorais, as influências locais” (FAORO, 2008, p. 444), de modo que o provimento dos cargos políticos condicionava o provimento dos empregos públicos, como constatado por Faoro (2008, p. 447):

Não se trata (o estamento) de uma classe, grupo ou camada que se apropria do Estado, do seu mecanismo burocrático, para o exercício do governo. Uma categoria social, fechada sobre si mesma, manipula lealdades com o cargo público, ela própria, sem outros meios, assentada sobre as posições políticas. Entre a carreira política e a dos empregos há uma conexão íntima e necessária, servindo o Estado como despenseiro dos recursos, para o jogo interno da troca de vantagens.

Enquanto a Inglaterra já havia instituído o concurso público desde a Ordenação de 4 de julho de 1870 (CAVALCANTI, 1967, p. 356), a nossa primeira Constituição Republicana dispôs em seu art. 73 que “os cargos públicos civis ou militares são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas”. Carlos Maximiliano (2005, p. 767), ao comentar a Constituição de 1891, esclarece que “não foram aceitas emendas que dispensavam os diplomas científicos e exigiam sempre o concurso público para o preenchimento dos cargos no primeiro grau da hierarquia em que é possível o acesso”, o que demonstra a resistência à alteração do *status quo*, resistência esta que, conquanto não suficiente para impedir a posterior institucionalização da regra do concurso público, permanecerá viva com a adoção de outros expedientes tendentes a subtrair eficácia às previsões constitucionais.

Mesmo após a proclamação da República continua a apropriação dos cargos públicos para o atendimento de conveniências particulares, como relata Faoro (2008, pp. 610-611):

As eleições, filhas da vontade do centro antes de 1889, continuariam a obedecer os mesmos propósitos – o país real seria, por muito tempo, o país oficial. Daí não sairia a representação nacional, mas – tem razão o rábido monarquista – ‘um sindicato: o Exército entrou com a força, o partido republicano (melhor: o partido dos republicanos) entrou com o seu pessoal de escritores capazes de redigir decretos, de ter idéias novas, etc., etc. Os lucros, isto é, os empregos, os postos elevados, as comissões, os ordenados, as honras são proveitos divididos entre os dois sócios. A maioria limita-se a pagar.

A eficácia da previsão de ampla acessibilidade aos cargos públicos continuava sendo subtraída pela ausência de um sistema meritocrático de seleção. Nesse sentido pontua Renato Monteiro de Rezende (2008, p. 270):

Esse cenário não foi alterado com a proclamação da República, como já se permitiu entrever. Ainda que alguns Estados previssem, em suas legislações, o concurso como forma de recrutamento de pessoal, as determinações legais tendiam a se transformar em letra morta, seja pela sua simples inobservância, seja pelas exceções nelas contidas, que abriam espaço para o clientelismo e o filhotismo. Exemplo disso era a Lei nº 6, de 1891, do Estado de Minas Gerais, que, apesar de exigir o prévio concurso para admissão nos cargos das Secretarias do Estado, dispensava-o na contratação de ‘praticantes’, os quais exerciam de fato as funções dos servidores amanuenses.

Com a fragmentação do poder central em decorrência da proclamação da república federativa, a distribuição dos cargos públicos ganhou força nos estados e nos municípios, que passaram a organizar seus próprios serviços. Os cargos federais, contudo, não deixaram de ser distribuídos para o atendimento de interesses políticos: se antes serviam para o atendimento dos interesses imperiais, passaram então a servir ao deleite das oligarquias locais, detentoras dos votos e dos cabos eleitorais. O coronelismo, assentado em um sistema de reciprocidade<sup>15</sup>, deu continuidade às práticas patrimonialistas, conforme relato de Faoro (2008, pp. 710-711):

A supremacia tuteladora do poder público, agora seccionado nos principados e ducados estaduais, continuou a operar, num molde próximo ao regime colonial, no qual o particular exercia, por investidura ou reconhecimento oficial, funções públicas. Obviamente a linha entre o interesse particular e o público, como outrora, seria fluida, não raro indistinta, frequentemente utilizado o poder estatal para o cumprimento de fins privados. O coronel fazia a política e complementava a administração pública, no âmbito municipal, dentro do partido, partido único mas não monolítico, tumultuado na base por dissensões de famílias e grupos, sedentos da conquista do poder, que, por não reconhecido burocraticamente, se volatiliza, entregue às ambições e aos interesses. O coronelismo se manifesta num ‘compromisso’, uma ‘troca de proveitos’ entre o chefe político e o governo estadual, com o atendimento, por parte daquele, dos interesses e reivindicações do eleitorado rural. As despesas eleitorais cabem, em regra, ao coronel, por conta de seu patrimônio. Em troca, os empregos públicos, sejam os municipais ou estaduais sediados na comuna, obedecem às suas indicações.

A prerrogativa de indicação para o provimento dos cargos públicos transfere-se do imperador para os coronéis. O Estado continua então a servir aos interesses de grupos restritos, como constatado por Emilio Willems, citado por Victor Nunes Leal (1976, pp. 43-44):

---

<sup>15</sup> “E assim nos aparece este aspecto importantíssimo do ‘coronelismo’, que é o sistema de reciprocidade: de um lado, os chefes municipais e os ‘coronéis’, que conduzem magotes de eleitores como quem toca tropa de burros; de outro lado, a situação política dominante no Estado, que dispõe do erário, dos empregos, dos favores e da força policial, que possui, em suma, o cofre das graças e o poder da desgraça”. LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto: O Município e o Regime Representativo no Brasil*. 3a. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1976, p. 43.

O patrimonialismo das estruturas políticas locais sobreviveu e manifesta-se de maneira curiosa. Se uma pessoa vem a ocupar um posto de comando na organização político-administrativa, não é raro presenciar-se a ascensão de grande número de pessoas da 'terra dele'. Não só parentes de todos os graus, mas também amigos de infância, antigos colegas de trabalho, vizinhos, parentes e amigos desses vizinhos e amigos ocupam cargos 'de responsabilidade' ou de 'confiança' em torno do novo potentado. O chamado familiarismo e outras formas de nepotismo podem ser classificados como aspectos do patrimonialismo. Já que este se baseia em relações de lealdade e confiança pessoal, é óbvia a vantagem que traz a preferência dispensada a parentes, amigos e conhecidos, expostos ao controle da mesma estrutura local.

O modelo vigente de preenchimento de cargos públicos era, contudo, incompatível com as aspirações do crescente capitalismo industrial da época, que exigia a impessoalidade estatal e a previsibilidade das relações administrativas, consoante analisa Bresser Pereira (1998, p. 241):

A administração pública burocrática foi adotada em substituição à administração patrimonialista, que definiu as monarquias absolutas e na qual o patrimônio público e o privado eram confundidos. Nesse tipo de administração, o Estado era entendido como propriedade do rei. O nepotismo e o empreguismo, senão a corrupção, eram a norma. Esse tipo de administração revelar-se-ia incompatível com o capitalismo industrial e as democracias parlamentares que surgiram no século XIX. É essencial para o capitalismo a clara separação entre o Estado e o mercado; só pode existir democracia quando a sociedade civil, formada por cidadãos, distingue-se do Estado ao mesmo tempo que o controla. Tornou-se assim necessário desenvolver um tipo de administração que partisse não só da clara distinção entre o público e o privado, mas também da separação entre o político e o administrador público. Surgiu então a administração burocrática moderna, racional-legal.

A mudança viria, ao menos parcial e formalmente, na Constituição de 1934, que trouxe a previsão de realização de concursos para o Ministério Público Federal (art. 95, § 3º), para as magistraturas estaduais (art. 104, a), para o magistério oficial (art. 158) e para a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas (art. 170, 2º). A eficácia de tais disposições era minada por expedientes diversos, em especial ante a criação de cargos isolados, providos sem concurso, e por intermédio de provimentos derivados, após a primeira investidura.

A Constituição de 1937 manteve o concurso apenas para as magistraturas estaduais (art. 103, a) e para a primeira investidura nos cargos de carreira (art. 156, b). A prática política, todavia, continuava a não refletir a intenção normativa, uma vez que havia brechas que possibilitavam a burla ao sistema meritocrático, como informa Renato Monteiro de Rezende (2008, p. 272):

A reforma administrativa operada no Governo Vargas constituiu uma tentativa de substituição do modelo *patrimonialista* de administração pelo *burocrático*. Este, consoante Weber (1994, p. 142), está associado ao tipo racional-legal de dominação e apresenta como características o formalismo, a impessoalidade, o profissionalismo, a

meritocracia a racionalização de procedimento, a hierarquia. A introdução do concurso como critério de seleção de pessoal pela Administração Pública – cumpre notar – deu-se apenas de forma parcial, uma vez que a exigência se circunscrevia à primeira investidura em cargo público e a legislação do período não exigia o concurso para o provimento de cargos isolados (não organizados em carreira), bem como para a contratação de funcionários extranumerários, os quais, embora admitidos para atender a necessidades temporárias da Administração, tendiam, em muitos casos, a se perpetuar no exercício de suas funções.<sup>16</sup>

A Constituição de 1946 manteve o concurso público para as magistraturas estaduais (art. 124, III), Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Territórios (art. 127), Ministérios Públicos estaduais (art. 128) e ensino secundário e superior oficiais (art. 168, VI), bem como para a primeira investidura em cargos de carreira e em outros que a lei determinasse (art. 186). As previsões constitucionais não tiveram, todavia, a eficácia esperada, não apenas porque a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal avalizava a existência dos concursos de âmbito interno, limitados aos funcionários do órgão respectivo<sup>17</sup>, mas também em razão de outros expedientes utilizados para burlar o sistema, como ressaltam Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 790):

Sem embargo do inegável conteúdo democrático e moralizador das aludidas disposições, cumpre reconhecer que a cláusula que restringia a sua aplicabilidade aos cargos de carreira e outros que a lei determinasse retirou-lhe a eficácia plena, permitindo a criação de cargos isolados ou a transformação de cargos de carreira em cargos isolados. Também as nomeações de interinos e a adoção do ‘concurso de inscrição limitada’ contribuíram para solapar a força normativa daquela regra constitucional.

Um caso documentado de preenchimento de postos públicos por motivação privada está indicado na Representação nº 467, em que ficou consignado no acórdão do Supremo Tribunal Federal o teor de missiva à época encaminhada ao Relator pelo governador do Estado do Rio Grande do Norte, demonstrado preocupação com apadrinhamentos nas nomeações para o Tribunal de Contas Estadual:

Não desconheço a posição estritamente técnica do Supremo Tribunal Federal no julgamento das questões constitucionais em tese.

Mas não desconheço também que é de certas circunstâncias de fato que a inconstitucionalidade pode resultar, convocando atenção do Supremo para o exame de tais circunstâncias. No caso, conquanto estranhas à substância da representação, essas circunstâncias ocorrem e por isso é que me dirijo a Vossa Excelência.

O Tribunal de Contas, nas condições em que foi criado e instalado é uma das peças da máquina política que se organizou no Estado à custa do povo, e exigindo-lhe sacrifícios excessivos e pesados.

<sup>16</sup> REZENDE, Renato Monteiro de. *Concurso Público: avanços e retrocessos*. In: DANTAS, Bruno *et al.* *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois*. Brasília: Senado Federal, 2008, p. 272.

<sup>17</sup> Supremo Tribunal Federal, MS 3615, Relator(a): Min. AFRANIO COSTA - CONVOCADO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 18/01/1957, DJ 05-12-1957 PP-\*\*\*\*\* EMENT VOL-00325-03 PP-00875 RTJ VOL-00003-01 PP-00658. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

Criado há anos, não foi instalado senão depois da derrota eleitoral de 3 de outubro e nos últimos dias do Governo que passou. Para instalá-lo, o Governador fez modificações na lei primitiva, eliminando do art. 2º a exigência de curso universitário para a investidura de ministro, através de uma outra 'lei' votada por uma fração da Assembléia, cercada pela Polícia. Para quê?

Para que fossem nomeados um genro do Governador, Aldo Medeiros, curso primário, comerciante e uma senhora de um deputado estadual, com o mesmo nível intelectual. As demais escolhas foram feitas como compensação eleitoral a filhos e genros do candidato derrotado e chefes políticos.<sup>18</sup>

O preenchimento dos cargos públicos continuava a ser feito para a acomodação de interesses pontuais das oligarquias locais. Interessante o quadro traçado por Victor Nunes Leal (1976, p. 44) quanto à forma pela qual a distribuição dos cargos públicos se inseria na sistemática coronelista:

O bem e o mal, que os chefes locais estão em condições de fazer aos seus jurisdicionados, não poderiam assumir as proporções habituais sem o apoio da situação política estadual para uma e outra coisa. Em primeiro lugar, grande cópia de favores pessoais depende fundamentalmente, quando não exclusivamente, das autoridades estaduais. Com o chefe local – quando amigo – é que se entende o governo do Estado em tudo quanto respeite aos interesses do município. Os próprios funcionários estaduais, que ser no lugar, são escolhidos por sua indicação. Professoras primárias, coletor, funcionários da coletoria, serventuários da justiça, promotor público, inspetores do ensino primário, servidores da saúde pública etc., para tantos cargos a indicação ou aprovação do chefe local costuma ser de praxe. Mesmo quando o governo estadual tem candidatos próprios, evita nomeá-los, desde que isso venha a representar quebra de prestígio do chefe político do município. Se algum funcionário estadual entra em choque com este, a maneira mais conveniente de solver o impasse é removê-lo, às vezes com melhoria de situação, se for necessário. A influência do chefe local nas nomeações atinge os próprios cargos federais, como coletor, agente do correio, inspetor de ensino secundário e comercial etc. e os cargos das autarquias (cujos quadros de pessoal têm sido muito ampliados), porque também é praxe do governo da União, em sua política de compromisso com a situação estadual, aceitar indicações e pedidos dos chefes políticos dos Estados.

Sob a Constituição de 1946 o país ainda convivía com práticas patrimonialistas que teimavam em se manter vivas, como relata Victor Nunes Leal (1976, p. 198):

O federalismo de 1891 deixou as funções policiais a cargo dos Estados e cada um deles organizou livremente seu aparelhamento policial. Foi adotado, em regra, o princípio da livre nomeação dos chefes de polícia, delegados e subdelegados, o qual permaneceu no governo discricionário de 1930, na Segunda República, no Estado Novo e ainda prevalece nos dias de hoje.

A Constituição de 1967 institucionalizou a necessidade de concurso público para ingresso no Serviço Público - e não apenas para a primeira investidura -, ressalvadas apenas as nomeações para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração (art. 95, § 2º).

<sup>18</sup> Supremo Tribunal Federal, Rp 467, Relator(a): Min. LUIZ GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/1961, DJ 07-08-1961 PP-01555 EMENT VOL-00470-01 PP-00030 RTJ VOL-00019-01 PP-00005. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

A Emenda Constitucional nº 01/69 flexibilizou a regra do concurso público, ressaltando não apenas as nomeações para os cargos em comissão, mas também os demais casos indicados em lei (art. 97), o que abriu brecha larga para a fuga ao sistema meritocrático. Continuou incisiva, pois, a tentativa de subtração ao regime de concurso público, especialmente para preenchimento dos cargos na administração indireta, como dá conta Luiz Alberto dos Santos (2008, P. 149):

A proliferação de entidades de natureza autárquica, fundacional ou empresarial serviu, entre outros, à livre contratação de pessoal para a alta administração, sem concurso e sem critérios transparentes, sob a justificativa de que era necessário conceder liberdade gerencial, *emancipando* a administração indireta da direta e instituindo o espírito gerencial privado' na administração do setor paraestatal, à medida que o novo modelo permitiria maior agilidade e presteza no atendimento das demandas e pressões do *estado desenvolvimentista* (MARCELINO, 1987, p. 16).

Esse diferencial passou a ser associado à apropriação patrimonialista e fisiológica dessas entidades. Voltadas ora à prestação de serviços públicos típicos, ora à satisfação de necessidades da própria administração pública, adotaram essas formas jurídicas principalmente em função das vantagens que lhe eram então inerentes, em especial a não sujeição a regras relativas ao provimento de cargos públicos e seus planos de classificação e remuneração, ao regime licitatório e às limitações orçamentárias. Seus processos de gestão passaram a se dar à revelia do interesse público que orientou a sua criação, produzindo, em muitos casos, crescente ineficiência e elevado grau de desvio de finalidade, vindo tais entidades a cumprir finalidades políticas ou clientelistas totalmente dissociadas de seus objetivos.

A tentativa de manutenção de privilégios prosseguiu durante os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte em 1987, segundo noticia Renato Monteiro de Rezende (2008, p. 286), :

No período de funcionamento da ANC, ante a perspectiva de extinção dos mecanismos de ingresso de servidores sem concurso, e sobretudo pelo temor de que a nova ordem deixasse de resguardar a situação dos não-concursados já admitidos, foi intensa a atividade legiferante de câmaras municipais e assembleias legislativas estaduais no sentido de conceder estabilidade a servidores nessas condições. Para evitar que a ação do legislador tornasse letra morta os limites que estatuiu para a estabilidade excepcional, o Constituinte de 1988, no art. 18 do ADCT, determinou a extinção dos efeitos jurídicos de atos de quaisquer esferas, editados a partir da instalação da ANC, que tivessem por objeto a concessão de estabilidade a servidores admitidos sem concurso público, da administração direta ou indireta. As constituições estaduais aprovadas após 1988 também procuraram elastecer a hipóteses de estabilidade excepcional. O STF reagiu a essas tentativas, declarando a inconstitucionalidade de tais previsões (ADI nº 495 –DJ de 11/2/2000, ADI-MC nº 1.808 – DJ de 1/6/2001, ADI nº 100 – DJ de 1/10/2004, dentre outros).

A aurora do novo regime democrático também foi ocasião propícia para apropriação de cargos públicos por interesses de grupos partidários inspirados pelo populismo e pelo fisiologismo. Nesse sentido a colocação de Bresser Pereira (1998, p. 246), para quem

o regime militar sempre procurou evitar esses dois males. De modo geral, logrou seu intento. O fisiologismo ou clientelismo, através do qual se expressa modernamente o patrimonialismo, existia na administração central no período militar, mas era antes a exceção do que a regra. Esse quadro muda com a transição democrática. Os dois partidos vitoriosos – o PMDB e o PFL – fazem um verdadeiro loteamento dos cargos públicos. A direção das empresas estatais, que tendia antes a permanecer na mão dos técnicos, é também submetida aos interesses políticos dominantes.

A Constituição de 1988 estabelece que “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” (art. 37, II). Dispõe ainda que “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” (art. 37, V).

Vê-se que a Constituição de 1988, embora inicialmente tenha mantido a fórmula da Constituição de 1967, foi posteriormente alterada pela Emenda Constitucional nº 19/98, assim modificando-se sensivelmente a disciplina que anteriormente vinha sendo dado ao provimento dos cargos em comissão, uma vez que se limitou tal forma de provimento às atribuições de direção, chefia e assessoramento, e estabeleceu-se a necessidade de reserva percentual de cargos aos servidores de carreira, ambas as medidas com nítido propósito moralizador.

Observa-se, porém, que a previsão da realização de concurso público nas recentes constituições brasileiras não impediu a continuidade das práticas patrimonialistas enraizadas na cultura política nacional<sup>19</sup>, a demonstrar que o problema não era em absoluto a anomia, mas sim a baixa efetividade normativa, agravada pelo modo de constituição do Estado Brasileiro, assentado originalmente em elites burocráticas, conforme análise crítica de Antônio Carlos Wolkmer (2008, p. 14):

---

<sup>19</sup> É o que se vê em DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 518: “A função abrangia, antes da atual Constituição, pelo menos, duas modalidades diversas: 1. A de chefia, assessoramento, direção e tantas outras, remuneradas, normalmente, mediante acréscimos pecuniários ao padrão do funcionário, sob os mais variados títulos, como *pro labore*, representação, gratificação, função gratificada; 2. A exercida, antes da atual Constituição, pelos chamados servidores extranumerários, interinos, temporários e que compõem um quadro de funções paralelo ao quadro de cargos; normalmente essas funções têm a mesma denominação, remuneração e atribuições dos cargos correspondentes, porém são de livre provimento e exoneração, não conferindo estabilidade àqueles que as exercem; sempre serviram aos propósitos de apadrinhamento próprios da Administração Pública brasileira, em todos os tempos. Erra uma forma de atender às exigências do serviço público, criando-se a função sem criar-se o cargo; com isso contornava-se a exigência constitucional de concurso público para a investidura”.

Tais elites burocráticas, treinadas nas tradições do mercantilismo, do patrimonialismo e do absolutismo português, eram recrutadas socialmente, no dizer de José Murilo de Carvalho, de segmentos ligados à mineração, ao comércio e à propriedade da terra (CARVALHO, 1980, p. 178). Assim, desde suas origens e prosseguindo em toda história brasileira, as nossas elites oligárquicas e latifundiárias controlaram o Estado e exerceram a dominação política, alheias totalmente aos intentos da população, e sempre muito servis ao capital internacional. A especificidade desta dominação das elites burocráticas edificará, no Império, a burocracia dos magistrados e dos bacharéis, e na República, a burocracia dos tecnocratas civis e militares.

Evidencia-se, dessa forma, que o Estado Brasileiro, além de incorporar a montagem burocrática e centralizadora do sistema de administração lusitana, surge sem uma identidade nacional, completamente desvinculado dos objetivos de sua população e origem, e da Sociedade como um todo. Alheia à manifestação e à vontade do povo, a Metrópole transfere o poder real para a Colônia, implantando uma estrutura de poder monárquica que serve de uma burocracia estamental, originada dos senhores de escravos e proprietários de terras. A aliança entre o poder aristocrático da coroa com as elites agrárias locais permite construir um modelo de Estado que defenderá sempre, mesmo depois da independência, os intentos de segmentos sociais possuidores da propriedade e do capital.

Tal constatação é confirmada pelas onipresentes regras transitórias existentes em diversas Constituições brasileiras com o intuito de fazer permanecer no Serviço Público pessoas que nele haviam ingressado ilegalmente sem concurso<sup>20</sup>, a evidenciar um costume recorrente dos processos constituintes brasileiros: a legitimação, pela ordem constitucional subsequente, de atos de provimentos em cargos públicos inconstitucionais na origem. Já na vigência da Constituição de 1988 o Supremo Tribunal Federal legitimou em algumas ocasiões o provimento derivado, sob argumentos de segurança jurídica e boa fé<sup>21</sup>, reconhecendo a irregularidade de situações jurídicas,

<sup>20</sup> Esse fato mereceu a reprovação de RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O Servidor Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 209, ao comentar a disposição do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988: “As disposições transitórias freqüentemente turvam ao estudioso a clara visão técnica das normas dispostas, desejável, para dar ensejo a manifestações emotivas ou mesmo apaixonadas – às vezes, reconheçamos, inevitáveis. É o caso do art. 19 do ADCT, que premiou casuisticamente os servidores públicos de todo nível, da Administração direta, autárquica e fundacional pública, com um estabilização, como já fizera a Carta de 1967, e como aproximadamente também já o fizera a de 1946, desde que contassem, em 10 de outubro de 1988, cinco anos continuados de exercício. Não havia e não há qualquer razão de interesse público nesta pródiga e irrazoada medida, cuja demagógica e eleitoreira causação parecia definitivamente sepultada pela simples omissão de coisa igual na Carta de 1969; entretanto, cadáver mal sepulto, ressurgiu do Hades para, segundo parece, arranhar o mesmo princípio da moralidade tão judiciosamente insculpido pela própria Carta no seu art. 37”.

<sup>21</sup> O que não escapou da crítica de REZENDE, Renato Monteiro de. *Concurso Público: avanços e retrocessos*. In: DANTAS, Bruno et al. *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois*. Brasília: Senado Federal, 2008, pp. 325-326: “Para que a vontade do constituinte de 1988 fosse cumprida, revelou-se de fundamental importância a postura assumida, nos primeiros anos de vigência da carta, pelo STF e, no plano do controle externo da Administração Pública federal, pelo Tribunal de Contas da União. Sem uma postura firme dessas Cortes, os esforços moralizadores teriam sucumbido à força implacável do costume. Afinal, pela primeira vez na história brasileira, um texto constitucional previa, de forma inequívoca, a universalização do critério do mérito para ingresso no serviço público. Como restou assinalado, diversas tentativas de burlar a regra do concurso público foram coibidas pelo STF”. E conclui: “Recentemente, no entanto, é possível perceber um abrandamento da postura rígida adotada pela Suprema Corte nos primeiros anos de vigência da Carta de 1988. Seja por invocação do princípio da

porém sem invalidá-las<sup>22</sup>. A superveniente convalidação constitucional ou o beneplácito judicial ao provimento de cargos públicos sem concurso, ao tempo em que implicam questionável rendição ao fato ilegalmente consumado, fazem transparecer a ideologia *conciliatória* a que se refere Antônio Carlos Wolkmer (2006, p. 116):

A conclusão que se pode extrair da evolução do Direito Público, caracterizado, nessa reflexão, basicamente pelas principais constituições do Brasil, é que ele foi marcado ideologicamente por uma doutrina de nítido perfil liberal-conservador, calcada numa lógica de ação atravessada por temas muito relevantes para as elites hegemônicas, tais como a *conciliação* e o *reformismo*. O processo histórico nacional evidencia que as instâncias do Direito Público jamais foram resultantes de uma sociedade democrática e de uma cidadania participativa, pois a evolução destas foi fragmentária, ambígua e individualista, além de permanecerem sujeitas a constantes rupturas, escamoteamentos e desvios institucionais.

Em suma, a falta de tradição verdadeiramente democrática nos liames do que se convencionou chamar de 'liberalismo burguês' fez com que inexistisse – na evolução das instituições do país – a consolidação e a constância de um Constitucionalismo de base popular-burguesa, pois, tanto o político quanto o social foram sempre construções momentâneas e inacabadas das oligarquias agrárias. Como já se assinalou em outro contexto, o Constitucionalismo brasileiro nunca deixou de ser o contínuo produto da 'conciliação-compromisso' entre o patrimonialismo autoritário modernizante e o liberalismo burguês conservador.

Permanecem fortes até os momentos atuais, portanto, as tintas do patrimonialismo.

A atávica aversão das elites brasileiras às rupturas institucionais ocasiona o fenômeno consistente no reconhecimento puramente formal de mudanças necessárias ao aperfeiçoamento das instituições - apenas se e quando tal reconhecimento se mostra socialmente inevitável -, mudanças estas cuja implementação é, no entanto, obstaculizada por outras vias tendentes ao boicote normativo. Tal fenômeno é evidenciado quando da análise da implementação do sistema meritocrático de acesso aos cargos públicos. Inicialmente a regra do concurso público era inexistente, o que tornava juridicamente legítimas as nomeações feitas para atender aos interesses

---

segurança jurídica, no caso de ações tardiamente julgadas, seja por alegadas razões de eficiência na gestão pública, supostamente autorizadas da aplicação de regimes jurídicos diferenciados para entidades criadas e mantidas pelo Estado, está em curso um processo de flexibilização do mandamento constitucional do concurso público. De participação neste processo não escapa o próprio constituinte derivado, como comprova a EC nº 51, de 2006. REZENDE, Renato Monteiro de. *Concurso Público: avanços e retrocessos*. In: DANTAS, Bruno et al. *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois*. Brasília: Senado Federal, 2008, pp. 325-326.

<sup>22</sup> Supremo Tribunal Federal, RE 442683, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 13/12/2005, DJ 24-03-2006 PP-00055 EMENT VOL-02226-04 PP-00814 LEXSTF v. 28, n. 330, 2006, p. 282-299. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010; Supremo Tribunal Federal, RE 306938 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 18/09/2007, DJe-121 DIVULG 10-10-2007 PUBLIC 11-10-2007 DJ 11-10-2007 PP-00048 EMENT VOL-02293-02 PP-00359 RTJ VOL-00203-03 PP-01231. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010; Supremo Tribunal Federal, MS 22357, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2004, DJ 05-11-2004 PP-00006 EMENT VOL-02171-01 PP-00043 LEXSTF v. 26, n. 312, 2005, p. 135-148 RTJ VOL 00192-02 PP-00620. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010..

imperiais. Introduzida posteriormente a regra do concurso público, era simplesmente desconsiderada à vista das conveniências políticas<sup>23</sup>, isso quando não se apelava à fraude mesmo. Além disso, foram utilizadas formas várias para subtrair eficácia à regra do concurso público, tendo o Supremo Tribunal Federal rechaçado em diversas oportunidades normas infraconstitucionais que autorizariam o ingresso ou permanência no Serviço Público mediante processos seletivos internos<sup>24</sup>, provimentos derivados<sup>25</sup>, contratos administrativos<sup>26</sup>, criação arbitrária de cargos em comissão<sup>27</sup>, designações<sup>28</sup> ou contratações<sup>29</sup> provisórias, possibilidade de

<sup>23</sup> É o que testemunha o historiador Farias Brito: “Os lugares públicos são, em sua quase totalidade, preenchidos por concurso. Mas o que são entre nós os concursos? Uma vergonha e um escândalo, e em regra, uma simulação e uma mentira. O trabalho, e a competência, a honestidade, a virtude, tudo isto nada vale – são qualidades, em nosso país, todas estas, puramente negativas: só merece respeito para os diretores de nossa política; só tem valor para os grandes homens de nossa República – o padrinho forte. E isto, quando não se trate de preferências pessoais, muito particulares, muito egoístas e cínicas, trabalhando o grande homem, como se costumava dizer, *pro domo sua*, significa, o mais das vezes, o seguinte: os que sabem falsificar eleições, os que têm astúcia e podem fazer legisladores. Também isto não é senão um país de legisladores; mas de legisladores feitos a murro e a sopapo, e que também só sabem fazer a lei a murro e a sopapo”. BRITO, Farias. *Panfleto*. In: MENESES, Djacir (organizador). *O Brasil no Pensamento Brasileiro*. Brasília: Senado Federal, 1998, p. 763-764.

<sup>24</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI 917 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/11/1993, DJ 15-12-2006 PP-00080 EMENT VOL-02260-01 PP-00049. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

<sup>25</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI 248, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 18/11/1993, DJ 08-04-1994 PP-07222 EMENT VOL-01739-01 PP-00008. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010; Supremo Tribunal Federal, ADI 1350, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2005, DJ 01-12-2006 PP-00065 EMENT VOL-02258-01 PP-00051 LEXSTF v. 29, n. 340, 2007, p. 28-40. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

<sup>26</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI 1500, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 19/06/2002, DJ 16-08-2002 PP-00087 EMENT VOL-02078-01 PP-00154. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

<sup>27</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI 1269 MC, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 26/05/1995, DJ 25-08-1995 PP-26022 EMENT VOL-01797-02 PP-00286. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010; Supremo Tribunal Federal, Rp 1400, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, TRIBUNAL PLENO, julgado em 22/10/1987, DJ 22-10-1987 PP-28272 EMENT VOL-01486-02 PP-00028. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010; Supremo Tribunal Federal, Rp 1400, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, TRIBUNAL PLENO, julgado em 22/10/1987, DJ 22-10-1987 PP-28272 EMENT VOL-01486-02 PP-00028. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010; Supremo Tribunal Federal, ADI 3706, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2007, DJe-117 DIVULG 04-10-2007 PUBLIC 05-10-2007 DJ 05-10-2007 PP-00020 EMENT VOL-02292-01 PP-00110 LEXSTF v. 29, n. 346, 2007, p. 149-159. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010; Supremo Tribunal Federal, ADI 3233, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2007, DJe-101 DIVULG 13-09-2007 PUBLIC 14-09-2007 DJ 14-09-2007 PP-00030 EMENT VOL-02289-01 PP-00091 RTJ VOL-00202-02 PP-00553. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

<sup>28</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI 1141, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 29/08/2002, DJ 29-08-2003 PP-00016 EMENT VOL-02121-02 PP-00252. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

<sup>29</sup> Supremo Tribunal Federal, Rp 888, Relator(a): Min. ALIOMAR BALEEIRO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 15/08/1973, DJ 28-09-1973 PP-\*\*\*\*\* EMENT VOL-00923-01 PP-00001 RTJ VOL-00067-03 PP-00324. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010; Supremo Tribunal Federal, Rp 1036, Relator(a): Min. RAFAEL MAYER, TRIBUNAL PLENO, julgado em 06/08/1980, DJ 29-08-1980 PP-06353 EMENT VOL-

prorrogação indefinida de contratos temporários<sup>30</sup>, favorecimento a determinados grupos<sup>31</sup>, invocação de disposições legais pretensamente transitórias<sup>32</sup> e exclusão de servidores de sociedades de economia mista exercentes de atividade econômica<sup>33</sup>.

Constitucionalizou-se desde 1967 o sistema de provimento de cargos em comissão mediante livre nomeação e exoneração, a autorizar o ingresso no Serviço Público sem concurso público. Embora a ausência de realização de concurso público não seja um mal em si<sup>34</sup>, desde que houvesse um preenchimento republicano dos cargos, no caso brasileiro o provimento dos cargos em comissão historicamente deu-se em atenção a critérios outros que não aqueles exigidos pelo interesse público<sup>35</sup>. A solução, porém, não está na extinção do provimento mediante livre

---

01181-01 PP-00056 RTJ VOL-00095-03 PP-01000. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010; Supremo Tribunal Federal, ADI 3700, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 15/10/2008, DJe-043 DIVULG 05-03-2009 PUBLIC 06-03-2009 EMENT VOL-02351-01 PP-00107. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

<sup>30</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI 890, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/2003, DJ 06-02-2004 PP-00021 EMENT VOL-02138-01 PP-00034. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

<sup>31</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI 598, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, TRIBUNAL PLENO, julgado em 23/09/1993, DJ 12-11-1993 PP-24022 EMENT VOL-01725-01 PP-00031. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

<sup>32</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI 3978, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 21/10/2009, DJe-232 DIVULG 10-12-2009 PUBLIC 11-12-2009 EMENT VOL-02386-01 PP-00074 RIP v. 12, n. 59, 2010, p. 259-265. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

<sup>33</sup> Supremo Tribunal Federal, MS 21322, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, TRIBUNAL PLENO, julgado em 03/12/1992, DJ 23-04-1993 PP-06921 EMENT VOL-01700-04 PP-00593 RTJ VOL-00146-01 PP-00139. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

<sup>34</sup> Ao revés, é instrumento que, se bem utilizado, serve para dinamizar e oxigenar o serviço público, como se vê em PEREIRA, Luís Carlos Bresser. *Da Administração Pública Burocrática à Gerencial*. In: PEREIRA, Luís Carlos Bresser e SPINK, Peter (organizadores). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, pp. 255-256, ao se referir às gratificações DAS do Serviço Público Federal: “A relação entre os DASs e as carreiras nos leva a um outro mito burocrático de Brasília: o mito de que os DASs são um mal, seriam o modo pelo qual se minaria o sistema de carreiras, abrindo espaço para a contratação, sem concurso, de pessoal sem competência. Na verdade, os DASs, por permitirem a remuneração adequada de servidores públicos – que perfazem 75% do total de portadores de DAS, conforme se pode verificar na tabela –, constituem uma espécie de carreira muito mais flexível e orientada pelo mérito. Existe em Brasília um verdadeiro mercado de DAS, através do qual ministros e altos administradores públicos disputam, com essa moeda, os melhores funcionários públicos brasileiros. Se for concretizado o plano, ainda em elaboração, de reservar de forma crescente os DASs para servidores públicos, o sistema de DAS, que hoje já é um fator importante para o funcionamento da administração pública federal, transformar-se-á em um instrumento estratégico da administração pública gerencial”. Pode-se objetar, entretanto, que o entendimento não pode ser generalizado ao provimento dos cargos em comissão realizado pelos diversos Estados e, especialmente, pelos municípios brasileiros, em que o preenchimento dos cargos em comissão atende mais a interesses políticos que meritocráticos.

<sup>35</sup> Exemplo recente disso se vê na ementa do seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça, REsp 1135767/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 09/06/2010. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 05.07.2010: “ACP. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VEREADORES. REMUNERAÇÃO. ASSESSORES INFORMAIS. Trata-se de REsp decorrente de ação civil pública (ACP)

nomeação - pois tal sistemática possibilita trazer ao Serviço Público pessoas que de outra forma não se sentiriam por ele atraídas -, mas sim no seu aperfeiçoamento, para escoimar as nomeações dos vícios que acarretam o desvio de finalidade da atividade administrativa pública e evitar a prevalência de critérios puramente políticos acobertados pelo manto da discricionariedade administrativa, tão comuns na prática administrativa brasileira. Em razão da subjetividade da nomeação, a livre nomeação traz vantagens e desvantagens, como percebido por Themístocles Brandão Cavalcanti (1967, p. 384):

A livre nomeação tem grandes vantagens para o serviço quando sujeita à discricção de um poder honesto e bem orientado.

Facilita, entretanto, o filhotismo, a formação de uma oligarquia burocrática de funestas conseqüências.

A livre nomeação constitui, por definição, um ato discricionário do poder competente, quando não haja a lei imposto restrições e fixado normas especiais. Essa discricção é que se torna perigosa porque traz consigo todas as vantagens e desvantagens do sistema.

A Reforma Administrativa veiculada pela Emenda Constitucional nº 19/98, procurando introduzir um novo paradigma de administração pública<sup>36</sup>, alterou a sistemática

---

ajuizada, na origem, pelo MP estadual contra vereadores de um município, por eles terem exigido de seus assessores comissionados a entrega de percentual dos seus vencimentos para o pagamento de outros servidores não oficiais (assessores informais), bem como para o custeio de campanhas eleitorais e despesas do próprio gabinete. O TJ, ao negar provimento aos apelos dos vereadores, manteve a sentença que julgara procedente a ACP com base no art. 11, caput e I, da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), aplicando-lhes, individualmente, as sanções do art. 12, III, do citado diploma legal. Contudo, deu provimento ao apelo do Parquet para acrescentar as penas de perda da função pública e de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de três anos. Nesta instância especial, entendeu-se que os vereadores não se enquadram entre as autoridades submetidas à Lei n. 1.079/1950, que trata dos crimes de responsabilidade, podendo responder por seus atos em ACP de improbidade administrativa. Observou-se que o precedente do STF invocado pelos recorrentes (Rcl 2.138-DF, DJ 13/6/2007) em apoio à tese do descabimento da ação de improbidade em face de agente político de qualquer esfera dos Poderes da União, estados e municípios não se presta ao caso, porque o referido precedente cuida especificamente de ministros de Estado. Assentou-se que a entrega compulsória e o desconto em folha de pagamento de parte dos rendimentos dos assessores formais dos recorrentes destinados à manutenção de “caixinha” para gastos de campanha e de despesas dos respectivos gabinetes, bem como para a contratação de assessores particulares violam, expressamente, os princípios administrativos da moralidade, finalidade, legalidade e do interesse público, conduta dos parlamentares que se insere no caput e I do art. 11 da Lei n. 8.429/1992. Assinalou-se que os atos que não geram, ao menos aparentemente, desfalque aos cofres públicos e vantagens pecuniárias ao agente ímprobo, tal como ocorre quando há violação dos princípios da administração pública, nem por isso deixam de ser típicos, sendo inadmissível concluir pelo mero não sancionamento, sob pena de consagrar verdadeira impunidade. Destarte, as sanções aplicadas pelo tribunal a quo atendem ao princípio da proporcionalidade e aos fins sociais a que a LIA se propõe, tendo em vista a grave conduta praticada pelos edis. Ressalva-se, contudo, o equívoco na dosimetria da aplicação da pena de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais, pois o aresto recorrido, ao manter a incidência da referida sanção pelo prazo de 10 anos, conforme fixado na sentença, extrapolou o limite de três anos permitido em lei, nos termos dos arts. 11 e 12, III, da Lei de Improbidade. Diante desses fundamentos, entre outros, a Turma conheceu parcialmente do recurso e lhe deu parcial provimento. Precedentes citados: REsp 1.025.300-RS, DJe 2/6/2009; REsp 1.119.657-MG, DJe 30/9/2009; REsp 908.790-RN, DJe 2/2/2010, e REsp 892.818-RS, DJe 10/2/2010.”

<sup>36</sup> A mudança é assim resumida por Fernando Henrique Cardoso: “Estamos vivendo um momento de transição de um modelo de administração que foi inicialmente assistencialista e patrimonialista (que mais tarde deu um passo

originalmente prevista para o provimento dos cargos em comissão, seja por limitá-lo aos cargos de direção, chefia e assessoramento, seja por exigir reserva de cargos para preenchimento por servidores públicos de carreira, o que implicou em nítido aperfeiçoamento da forma de provimento dos cargos públicos, avanço obstaculizado, porém, pela inércia legislativa na regulamentação do dispositivo constitucional<sup>37</sup>.

Dados constantes do Portal da Transparência do Governo Federal indicam a existência de cerca de 30.000 (trinta) mil cargos comissionados somente no Poder Executivo Federal<sup>38</sup>, aos quais se somam incontáveis outros existentes nas esferas municipais e estaduais, a demonstrar a necessidade de aperfeiçoamento do sistema de ingresso no Serviço Público visando preveni-lo contra a influência de interesses particulares. Outro exemplo claro da necessidade de diminuição do número de cargos comissionados evidenciou-se na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4125, na qual o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucionais normas estaduais que criaram 35.419 (trinta e cinco mil, quatrocentos e dezenove) cargos de provimento em comissão<sup>39</sup>. O caso que ficou conhecido como “mensalão”<sup>40</sup> é um outro exemplo recente de utilização do provimento em comissão como forma de apropriação do Estado por interesses particulares, tendo sido instaurada inclusive Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, que constatou ser imperiosa a redução da quantidade de cargos comissionados, especialmente no Poder Executivo<sup>41</sup>.

---

adiante, burocratizando-se, no sentido weberiano da palavra) para um novo modelo, no qual não basta mais a existência de uma burocracia competente na definição de meios para atingir fins. Agora, o que se requer é algo muito mais profundo: um aparelho do Estado que, além de eficiente, esteja orientado por valores gerados pela própria sociedade”. CARDOSO, Fernando Henrique. *Reforma do Estado*. In: PEREIRA, Luís Carlos Bresser e SPINK, Peter (organizadores). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, pp. 17-18.

<sup>37</sup> Houve parcialmente uma *constitucionalização simbólica*, na medida em que relegou ao legislador ordinário a fixação da reserva de cargos em comissão para preenchimento por servidores públicos de carreira.

<sup>38</sup> Dados disponíveis em <<http://www.portaltransparencia.gov.br/servidores/Funcao-ListaFuncoes.asp?bogus=1&Pagina=1>>. Acesso em 25.06.2010.

<sup>39</sup> O acórdão ainda não foi publicado.

<sup>40</sup> Supremo Tribunal Federal, Inq 2245, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 28/08/2007, DJe-139 DIVULG 08-11-2007 PUBLIC 09-11-2007 DJ 09-11-2007 PP-00038 EMENT VOL-02298-01 PP-00001 RTJ VOL-00203-02 PP-00473. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 30.06.2010.

<sup>41</sup> É o que se vê no seguinte trecho das proposições normativas da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito dos Correios, disponível em <http://www.transparencia.org.br/docs/CPMI-Correios-propostas.pdf>: “A redução do número de cargos em comissão e funções de confiança no âmbito do Poder Executivo Federal, Estadual e Municipal mostra-se necessária, em parte, por seu impacto moralizador, tendo em vista que o número excessivo de cargos e funções desta natureza hoje existentes na administração pública brasileira é fator de verdadeira apropriação da administração como se patrimônio do governo fosse.

O excessivo número de cargos comissionados<sup>42</sup> é uma das causas do desvirtuamento do sistema eleitoral brasileiro, em que se privilegiam as candidaturas para os postos do Poder Executivo – onde se situa a maior quantidade de cargos de livre provimento – em detrimento dos cargos eletivos do Poder Legislativo. As candidaturas para as eleições legislativas passam assim a ser vistas como algo puramente acessório, destinadas apenas àqueles que não lograram a aprovação partidária para a candidatura-mor ao Executivo hipertrofiado, consolados ao final os perdedores com o loteamento dos cargos em comissão caso vitoriosa a campanha majoritária. A legitimação nas urnas é obtida ao custo da distribuição de cargos públicos, o que faz crer que o clientelismo, especialmente nas esferas municipais, pode ser tido como a faceta moderna do coronelismo.

Além disso, o provimento dos cargos públicos – especialmente dos cargos em comissão – permanece como instrumento de enlace de interesses díspares, unidos pelo objetivo comum de se beneficiar do controle de postos estratégicos da Administração Pública. Se antes os cargos públicos serviam de elo de ligação entre a burguesia e a nobreza, unidos em um só estamento de cunho burocrático, atualmente os cargos públicos são o ponto de convergência de ideologias partidárias diversas, muitas vezes inconciliáveis em alguns pontos, não porém no que toca ao desejo de preenchimento dos cargos em comissão, escopo compartilhado por diversas agremiações políticas independentemente de suas ideologias. Os cargos em comissão funcionam então como elemento aglutinador, em torno dos quais as ideologias políticas podem assumir um caráter secundário.

---

“A administração pública, assim como seus cargos e funções, é patrimônio do Estado, e não deve, portanto, ser colocada à mercê dos ímpetus nepotistas e clientelistas do governo, sob pena de criar-se ambiente mais que propício para a proliferação da corrupção.

“Ao contrário, é necessário investir na profissionalização dos servidores públicos, inclusive para a ocupação dos cargos em comissão em todos os níveis da administração, para permitir que a máquina do Estado esteja em constante funcionamento, com qualidade técnica sempre crescente.

“A medida coaduna-se com os esforços de profissionalização serviço público. Entretanto, percebemos que são necessárias regras específicas para o Poder Executivo, não só porque a maioria dos cargos em comissão e funções de confiança ali se encontra, mas principalmente porque sua estrutura é infinitamente maior que as dos demais Poderes, tornando extremamente difícil o controle e a fiscalização da proliferação dos cargos e funções desta natureza, especialmente em sua administração indireta.”

<sup>42</sup> Pesquisa realizada junto a servidores da Controladoria-Geral da União por Daisy Valdés revelou que, dentre as medidas visando o aperfeiçoamento do Serviço Público, foram sugeridas a necessidade de redução dos cargos comissionados e a implementação da meritocracia. VALDÉS, Daisy de Asper y. *Em Torno do Sistema Brasileiro de Integridade Nacional: princípios e valores como parte da atividade diária da Administração Pública*. In: Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, ano 7, n. 26. jan./mar., 2008, p. 289.

A causa do excessivo número de cargos comissionados, pensamos, é a indevida extensão do provimento livre aos cargos de natureza estritamente administrativa, quando, por sua natureza, o provimento livre somente é justificável para o provimento de cargos de agentes políticos (ministros do Poder Executivo Federal e secretários estaduais e municipais), pois apenas a estes cabe a direção superior das atividades estatais, isto é, o estabelecimento das diretrizes de governo. A demasiada extensão do conceito de agentes políticos, derivada provavelmente da maior difusão do pensamento de Hely Lopes Meireles<sup>43</sup>, acarretou um elastecimento indevido do provimento livre, para abranger cargos de natureza estritamente administrativa, como se vê na ressalva contida no artigo 37, II, da Constituição Federal, que exclui os cargos em comissão da regra do concurso público. Ocorre que o provimento livre e incondicionado haveria de ser reservado apenas àqueles cargos de agentes políticos que não estejam sujeitos ao crivo eleitoral, é dizer, apenas aos cargos de ministros de Estado e secretários estaduais e municipais. Temos que, no ponto, o constituinte de 1988 equivocou-se, pois melhor seria se tivesse restringido o provimento livre de cargos em comissão de natureza estritamente administrativa apenas àqueles que já integram o Serviço Público.

A própria Constituição Federal, em seu artigo 169, § 3º, I, determina a redução do número de cargos comissionados nos casos em que a despesa com pessoal ultrapasse os limites previstos na Lei de Responsabilidade fiscal, o que também reforça o caráter excepcional – e algo prescindível – do provimento em comissão e a proteção dos servidores de carreira.

Uma leitura possível dos fatos históricos, sob o ponto de vista jurídico-formal, é a de que paulatinamente vêm sendo fechadas as vias jurídicas de acesso ao Serviço Público com base em critérios outros que não o meritocrático. As restrições ao ingresso vêm sempre consagradas nas nossas diversas Constituições republicanas. A efetividade prática de tais medidas, contudo, vem sendo constantemente minada pela utilização de firulas jurídicas

---

<sup>43</sup> Para quem a categoria de agentes políticos abrangeria – além do Presidente da República e Ministros de Estado, Governadores e Secretários estaduais, Prefeitos e Secretários municipais, Senadores, Deputados e Vereadores – magistrados e membros do Ministério Público e tribunais de contas. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31a. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 78.

decorrentes de uma cultura bacharelesca<sup>44</sup>, como se a alteração dos rótulos jurídicos fosse suficiente para alterar a essência das coisas.

Normas vedando o provimento de cargos sem concurso existem há muito. A realidade histórica brasileira, contudo, ainda não conseguiu superar o ranço patrimonialista, evidenciado na adoção de burlas ao sistema meritocrático por intermédio de subterfúgios diversos, especialmente mediante diferenciações arbitrárias lastreadas em filigranas jurídicas e verdadeiras ginásticas hermenêuticas com intuito de afastar a incidência da regra do concurso público. A permanência de práticas tendentes à fuga ao regime do concurso público, mesmo após a Constituição de 1988, evidencia bem a inventividade jurídica dos legisladores e administradores pátrios, às vezes legitimada pelo subsequente respaldo judicial. Ocorre que as práticas anteriores de provimento de cargos em comissão mediante troca de favores ou outras práticas assemelhadas somente se justificavam sob a luz de Constituições que não veiculavam os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, dentre outros. A Constituição de 1988, ao consagrar tais princípios, é absolutamente refratária ao *provimento patológico* dos cargos em comissão, muito embora os operadores do direito não se tenham disso apercebido de modo adequado, reproduzindo práticas e idéias que se vêm perpetuando inadvertidamente na atividade administrativa brasileira.

A institucionalização da regra do concurso público, por um lado, e a persistência de via larga das nomeações para cargos em comissão, de outro, bem demonstram a sobrevivência atual do paradoxo liberal-conservador das instituições jurídicas brasileiras, conforme anotado por Antônio Carlos Wolkmer (2006, pp. 79-80):

Com a Independência do país, o liberalismo acabou constituindo-se na proposta de progresso e modernização superadora do colonialismo, ainda que, contraditoriamente, admitisse a propriedade escrava e convivesse com a estrutura patrimonialista de poder. Ao conferir as bases ideológicas para a transposição do *status* colonial, o liberalismo não só se tornou componente indispensável na vida cultural brasileira durante o Império, como também na projeção das bases essenciais de organização do Estado e de integração da sociedade nacional. Entretanto, o projeto liberal que se impôs expressaria a vitória dos conservadores sobre os radicais, estando dissociado de práticas democráticas e excluindo grande parte das aspirações dos setores rurais e urbanos populares, e movia-se convivendo e ajustando-se com procedimentos burocrático-centralizadores inerentes à

---

<sup>44</sup> Antônio Carlos Wolkmer, com apoio em Afonso Arinos de Melo Franco, esclarece que o bacharelismo “expressaria um pendor para questões não especulativas, mais afeito à mecânica exegética, estilística e interpretativa, resultando no apego às 'fórmulas consagradas, à imutabilidade das estruturas', aos padrões prefixados e aos valores identificados com a conservação”. WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 100-101.

dominação patrimonial. Trata-se da complexa e ambígua conciliação entre patrimonialismo e liberalismo, resultando numa estratégia liberal-conservadora que, de um lado, permitiria o 'favor', o clientelismo e a cooptação; de outro, introduziria uma cultura jurídico-institucional marcadamente formalista, retórica e ornamental. Além de seus aspectos conservadores, individualistas, antipopulares e não-democráticos, o liberalismo brasileiro deve ser visto igualmente por seu profundo traço 'juridicista'. Foi nessa junção entre individualismo político e formalismo legalista que se moldou ideologicamente o principal perfil de nossa cultura jurídica: o bacharelismo liberal.

Com efeito, dada a histórica necessidade de manutenção de privilégios, a ampla consagração do concurso público na Constituição de 1988 como regra para ingresso nos quadros públicos somente se poderia dar com a previsão de exceção que possibilitasse a conservação de poder, consubstanciada no sistema de livre nomeação e exoneração para provimento dos cargos em comissão, via hábil à continuidade patrimonialista, a demonstrar a contradição entre a existência de práticas administrativas liberais escudadas no profissionalismo (concurso público) e a manutenção de formas históricas de dominação (sistema de livre provimento).

O sistema de livre nomeação e exoneração foi um dos meios encontrados por interesses conservadores para a manutenção da apropriação e direcionamento do Estado após a institucionalização da regra do concurso público. Tal sistema, embora possa ser útil à oxigenação do Serviço Público, pressupõe a existência de uma cultura política atualmente inexistente no Brasil, o que torna ainda mais importante a censura jurisdicional tendente a evitar a continuidade de práticas lesivas ao sistema meritocrático de recrutamento de servidores.

Há uma tendência na cultura jurídica brasileira no sentido da redução da esfera política pela via jurisdicional, decorrência da prerrogativa de dizer o direito de forma definitiva. Embora a discussão quanto às vantagens e aos inconvenientes de tal tendência não seja objetivo do presente trabalho, é fato que a judicialização de questões antes tidas por puramente políticas – e, *ipso facto*, pertencentes à outrora esfera vazia de jurisdição – vem ocasionando a restrição do âmbito da discricionariedade administrativa e o alargamento do controle jurisdicional dos atos administrativos. Tal fenômeno também deve ser estendido à análise do provimento dos cargos em comissão, cuja esfera de liberdade de nomeação vem sendo lentamente reduzida em razão da densificação dos princípios constitucionais.

A introdução dos princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência na Constituição de 1988, bem como o desenvolvimento teórico e o reconhecimento jurisprudencial dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como paradigmas para o controle de

constitucionalidade dos atos administrativos exigem uma mudança de atitude dos operadores jurídicos, não para se adotar decisões com base em critérios subjetivos ou arbitrários que não se encontram no ordenamento jurídico, mas para dar efetividade à regra do concurso público. Os citados princípios constituem importante instrumental, ausente outrora, pelos menos de maneira positivada, para a efetivação do concurso público como a via principal de acesso aos cargos públicos.

Assim, muito embora a regra do concurso público já estivesse institucionalizada desde a Constituição de 1967, não havia nas Constituições anteriores paradigmas jurídico-constitucionais suficientemente desenvolvidos de maneira explícita a possibilitar o contraste jurisdicional do provimento em comissão sob aspectos outros que não o da mera legalidade. Esta última constatação – que há de ser vista com ressalvas, já que o Direito está muito além da lei positivada – poderia servir parcialmente como justificativa para o *self restraint* judicial quando da análise da discricionariedade para o provimento dos cargos em comissão nos regimes constitucionais anteriores. Tal objeção, porém, não mais se aplica à presente ordem jurídica constitucional, absolutamente impregnada de valores, conquanto ainda pendentes de concretização efetiva possivelmente em razão de a mentalidade dos aplicadores da lei – administradores, legisladores, a doutrina e a jurisprudência – ainda estar apegada aos *standards* pretéritos. Ocorre que as novas balizas axiológicas surgidas a partir da Constituição de 1988 repudiam o mero controle de legalidade do provimento dos cargos em comissão, pois isso implica indevida subutilização da eficácia potencial dos princípios constitucionais implícitos ou explícitos. O campo de justiciabilidade dos atos administrativos alargou-se para além da mera legalidade.

A análise do desenvolvimento histórico das formas de acesso ao Serviço Público, ao demonstrar o efetivo descompasso entre a intenção normativa e a *práxis*, pode servir de parâmetro ao intérprete quando da análise de casos de dispensa do concurso público. O fator histórico facilita a compreensão crítica dos problemas jurídicos, afastando o mito da neutralidade do intérprete. Influenciadas de forma determinante por fatores históricos, as superestruturas ideológicas - muitas vezes camufladas em normas jurídicas - devem merecer a atenção do hermenêuta, se não por outro motivo, pelo menos para que tenha consciência de sua posição no sistema social.

A evolução histórica dos fatos não pode ser olvidada pelo intérprete<sup>45</sup>. A neutralidade do intérprete é desmentida por suas pré-compreensões, decorrentes de sua inserção em um contexto atual porém historicamente condicionado. Conquanto o fenômeno histórico não seja por si só suficiente à correta interpretação de dispositivos constitucionais, é inegável que a Constituição, por resultar de um processo de conciliação de forças sociais historicamente delineadas, traz ínsita uma carga cultural, a ser revelada por ocasião da aplicação *in concreto*. A necessidade da análise histórica dos institutos jurídicos ganha relevo especial para a identificação do conteúdo dos princípios constitucionais em uma determinada época, uma vez que os valores sociais neles cristalizados variam conforme o contexto em que se encontram. A título de exemplo, o conceito moralidade varia substancialmente no tempo, ao sabor de circunstâncias muitas vezes imperceptíveis sob o aspecto pontual, embora desveláveis sob uma perspectiva histórico-evolutiva.

A fórmula atualmente vigente para os provimentos dos cargos em comissão - mediante sistema de livre nomeação e exoneração -, embora não seja nova, pois já prevista em constituições anteriores, há de ser reanalisada à vista do princípio republicano e da histórica cultura patrimonialista brasileira, de maneira a impedir o ingresso no Serviço Público de pessoas que não tenham efetivo compromisso com a *res publica*, o que autoriza concluir que, embora sejam de livre nomeação e exoneração, o provimento dos cargos em comissão é suscetível de exame de constitucionalidade tendo como parâmetros os princípios constitucionais da administração pública, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e a caracterização do Serviço Público como uma garantia institucional cujo núcleo há de ser resguardado.

O estabelecimento de condicionantes jurídicas extraíveis dos princípios constitucionais não desnatura a natureza livre do provimento em comissão. Ao revés, é decorrência natural de uma concepção principiológica do ordenamento jurídico, tendo em seu ápice a Constituição Federal e seus predicados axiológicos. Trata-se apenas de buscar uma

<sup>45</sup> É o que ensina Carlos Maximiliano, em obra clássica da hermenêutica jurídica brasileira: “O que hoje vigora, abrochou de germes existentes no passado; o Direito não se inventa; é um produto lento da evolução, adaptado ao meio; com acompanhar o desenvolvimento desta, descobrir a origem e as transformações históricas de um instituto, obtém-se alguma luz para o compreender bem”. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 137. V. ainda WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 11: “Examinar e problematizar as relações entre a História e o Direito reveste-se hoje da maior importância, principalmente quando se tem em conta a percepção da normatividade extraída de um determinado contexto histórico definido como experiência pretérita que conscientiza e liberta o presente”.

conformação jurídica da liberdade deferida ao administrador, para impedir que a liberdade se converta em puro arbítrio acobertado pelo véu da discricionariedade administrativa. Daí ser mais correto entender-se o cargo em comissão como aquele sujeito a provimento discricionário - e não a provimento livre -, de maneira a realçar que se trata de uma escolha sujeita a parâmetros jurídicos. Independentemente do conceito que se adote, todavia, é preciso deixar claro que o provimento em comissão somente será válido se não houver ofensa aos princípios constitucionais.

A necessidade de lisura da atividade administrativa, além de exigência ética, é condição para a previsibilidade da atuação estatal, de evidente importância para os agentes econômicos. A razão disso é que a atuação dos *players* é influenciada por necessidades de segurança jurídica, o que leva à constatação de que a atuação estatal será tanto mais previsível quando seja imparcial a sua condução. É intuitivo ser mais fácil ao agente econômico conduzir-se à vista da identificação do interesse público em um determinado momento - o que pode ser buscado no ordenamento jurídico ou na ideologia política de um determinado governo - do que tentar fazê-lo mediante identificação de quais os multifacetados interesses particulares que, em um determinado contexto, ditam os rumos da atividade administrativa.

O Estado não pode ser, por isto, visto como um fim em si mesmo. A sua atuação deve ser transparente e ética, de modo a inspirar confiança na sociedade. A instituição do Serviço Público há de ter por fim último não a simples garantia de funcionamento do Estado historicamente apropriado para o atendimento de interesses particulares, mas sim o efetivo atendimento das necessidades sociais previstas na Constituição<sup>46</sup>, o que exige salvaguardas especiais que coloquem em destaque a configuração jurídica do Serviço Público.

---

<sup>46</sup> Há autores inclusive que concebem o Estado sob o prisma do serviço público, como menciona Roberto Martins Rodrigues: “Doutrinadores do porte de HAURIUO e DUGUIT, secundados, depois, por JÈZE, construtores da teoria da ênfase do *serviço público*, por eles entendido como a *pedra angular* do Direito Administrativo, não admitem possa a noção de *Administração Pública* ser divorciada da determinação dos fins do Estado. Todo o Estado, portanto, no seu obrar constante, estaria voltado para o escopo enunciado. Isso tudo seria *administração pública*, no sentido mais lato possível, lição seguida por POSADA, para quem a atividade da Administração Pública abarca toda a atividade do Estado”. RODRIGUES, Roberto Martins. *Administração Pública: Conceito Constitucional*. In: BONAVIDES, Paulo, MORAES, Germana e ROSAS, Roberto (organizadores). *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a César Asfor Rocha*. Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 185. Para uma crítica da chamada Teoria do Serviço Público, v. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. *Princípios Gerais de Direito Administrativo – volume I*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, pp. 158-175. V. tb. CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro - volume I*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, pp. 489-496.

O surgimento do Serviço Público como instrumento para atendimento de interesses da Coroa portuguesa ocasionou a crença de que o Estado serve aos interesses dos governantes, e não aos interesses dos cidadãos. A caracterização do Serviço Público como garantia institucional implica em mudança de seu destinatário, que deixa de ser o Estado, historicamente um *locus* de privilégios, como demonstrado, e passa a ser a sociedade, perante a qual se legitima.

## 2.2 O Serviço Público como Garantia Institucional

Em uma acepção ampla, os direitos abrangem em seu conceito as garantias. Sob uma perspectiva mais restrita, contudo, é possível estabelecer a distinção entre direitos e garantias: enquanto aqueles atribuem ao seu titular uma determinada possibilidade jurídica, estas têm uma função instrumental de assegurar o exercício de um direito<sup>47</sup>.

As garantias, a seu turno, podem ser subdivididas em materiais, processuais e institucionais. As garantias materiais, embora possuindo valor intrínseco, asseguram o exercício de um outro direito, como é o caso da liberdade de ir e vir em relação ao direito de reunião. Já as garantias processuais têm caráter eminentemente instrumental, como se dá com o *habeas corpus* e o mandado de segurança.

As garantias institucionais não se confundem com as garantias materiais ou processuais, ou, ainda, com as garantias de instituição. Garantias de instituição são a consagração constitucional de institutos de direito privado considerados importantes para a organização social, como a família, casamento, herança, propriedade e contrato, enquanto institucionais são aquelas garantias ditas de direito público, estabelecidas para a preservação de instituições entendidas como essenciais para a consecução dos fins constitucionalmente estabelecidos, como é o caso do

---

<sup>47</sup> A diferença entre direitos e garantias é tênue, como alertado por MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 258: “Nem sempre, contudo, a fronteira entre uma e outra categoria se mostra límpida – o que, na realidade, não apresenta maior importância prática, uma vez que a nossa ordem constitucional confere tratamento unívoco aos direitos e garantias fundamentais”. Ver, ainda, SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 209-217.

Poder Judiciário, do Ministério Público, da seguridade social e do sistema financeiro nacional, entre outras<sup>48</sup>.

As garantias institucionais vinculam-se intimamente com a proteção dos direitos fundamentais, como salienta Ingo Sarlet (2007, p. 215):

Não é, portanto, sem razão que J. Miranda apontou para o fato de que, inobstante os direitos fundamentais se reportarem sempre à pessoa humana, certos bens jurídicos desta somente podem ter sua existência assegurada no âmbito ou por intermédio de instituições, dotadas de maior ou menor autonomia frente aos indivíduos que as constituem. Na doutrina alemã – em que pese sua posição crítica relativamente às garantias institucionais –, Dürig já havia considerado que estas apenas existem em função dos direitos subjetivos que a elas subjazem, e não diretamente em função da instituição considerada em si mesma.

Essa vinculação atrai para as garantias institucionais uma disciplina jurídica especial, consoante lição de Ingo Sarlet (*ibidem*, pp. 215-216):

Na configuração que lhes foi outorgada em nossa Constituição, as garantias institucionais podem ser consideradas espécies do gênero das garantias fundamentais, que, na sua maioria, assumem o caráter de direitos-garantia. Além disso, importa ressaltar que as garantias institucionais pode ser, ou não, fundamentais, na medida em que são diversas as normas constitucionais que assumem a feição de garantias de certas instituições e que não se encontram revestidas pelo manto da fundamentalidade. As garantias fundamentais, por sua vez, não possuem regime jurídico distinto dos direitos fundamentais propriamente ditos, gozando, portanto, da mesma dignidade em nossa ordem constitucional, a exemplo do que J. Miranda já havia consignado relativamente ao direito lusitano.

Nessa ordem de idéias, o Serviço Público também pode ser entendido como uma garantia institucional (CANOTILHO, 2003, p. 397), já que, na nossa ordem constitucional, a efetividade dos direitos fundamentais depende, muitas vezes, da prestação de um serviço público estatal<sup>49</sup>.

A Constituição de 1988, tendo em vista os objetivos consagrados em seu artigo 3º, atribuiu ao Poder Público a prestação de diversos serviços públicos, o que exige a estruturação de órgãos e instituições encarregados de agir em nome do Estado. Daí decorre a importância do Serviço Público, por ser uma das instituições primordialmente encarregadas da efetivação dos direitos fundamentais.

<sup>48</sup> Para uma visão da evolução e consolidação da idéia de garantias institucionais, v. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 525-559.

<sup>49</sup> A própria dimensão objetiva dos direitos fundamentais exige uma postura pró-ativa do Estado na promoção dos direitos fundamentais. Sobre o tema, v. SARMENTO, Daniel. *A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: fragmentos de uma teoria*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (organizador). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 251-314. Também SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 182-241. Ainda, SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 105-140.

Ocorre que a mera existência do Serviço Público enquanto instituição não atende aos anseios da República fundada em 1988. Isso porque a Constituição de 1988, mais que consagrar o Serviço Público como uma garantia institucional decorrente dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º), fê-lo iluminada pelas noções republicana e democrática (artigo 1º), de maneira que não atende satisfatoriamente aos desígnios constitucionais a mera instituição do Serviço Público, sendo fundamental estabelecer-se o modo pelo qual será estruturado. Nesse sentido é o pensamento de Paulo Bonavides (2007, pp. 541-542):

A garantia institucional é porém maior ou menor nas Constituições de cada país consoante o valor atribuído ou concedido pelo Estado a uma determinada instituição, podendo assim variar no tempo o grau, a extensão e a profundidade da segurança proporcionada. Fica tudo ao livre alvedrio do Estado, ou seja, de sua vontade suprema. Nesse espaço, o Estado, ao estabelecer limites, se move habitualmente com muito menos rigidez e com muito mais flexibilidade e independência do que na esfera dos direitos fundamentais, onde as garantias, deveras restritivas da ação do Estado, estão constantemente a tolhê-lo, salvo, é óbvio, quando o poder público, mediante prestações positivas e materiais, cumpre a tarefa (missão) de concretizar direitos sociais ou fazer eficazes princípios indeclináveis à conservação e à integridade do Estado social. Tal ocorre, portanto, quando o Estado, pela natureza mesma do regime ou do sistema político e instantemente solicitado a atuar, a intervir e a fazer, desempenhando a função de principal ator e artífice da igualdade social.

É importante perceber, com efeito, que o Serviço Público, enquanto garantia institucional, não tem os seus contornos traçados exaustivamente no próprio texto constitucional, de maneira que o legislador infraconstitucional possui larga margem de conformação legislativa, o que pode permitir a captura indevida da instituição. Todavia, tal margem de conformação, é de se salientar, conquanto extensa, não é absoluta, como esclarece Paulo Bonavides (2007, p. 542):

A garantia institucional visa, em primeiro lugar, assegurar a permanência da instituição, embargando-lhe a eventual supressão ou mutilação e preservando invariavelmente o mínimo de substantividade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, porquanto se tal acontecesse, implicaria já o perecimento do ente protegido.

A função precípua da garantia institucional é proteger determinadas instituições contra a ação erosiva do legislador (SARLET, 2007, p. 216), de modo que a instituição em si deve ser assegurada contra a ingerência de interesses políticos. É possível ir além, para sustentar que a ação erosiva à garantia institucional pode vir não apenas do legislador, mas também do administrador.

Embora se possa objetar que a qualificação do Serviço Público como uma garantia institucional, se levada ao extremo, poderia acarretar uma fossilização da instituição e impedir as

salutares alterações na sua estruturação - exigíveis para adequar a atividade administrativa às volúveis posturas governamentais-, é possível a busca de um consenso mínimo, aplicável ao Serviço Público seja qual for a sua configuração em um determinado Estado: a necessidade de garantir a lisura da atividade administrativa e evitar o direcionamento da função pública ao atendimento de interesses privados. Essa invariável necessidade resulta da própria concepção republicana de governo, independentemente de qual seja a ideologia política adotada quanto à disciplina do Serviço Público em um determinado momento. Tanto em um Estado mínimo como em um Estado máximo é inderrogável a exigência de lisura da atividade administrativa, por se tratar de um verdadeiro pressuposto republicano.

Logo, a exigência de lisura compõe o núcleo essencial da garantia institucional do Serviço Público, cuja proteção deve ser levada em consideração quando da análise de casos a ele potencialmente lesivos. Uma das hipóteses de lesão pode ocorrer justamente por ocasião do provimento de cargos em comissão, caso não sejam observados parâmetros mínimos que assegurem a instituição contra o assédio contumaz de interesses particulares.

É preciso destacar que o Serviço Público não tem por destinatário final o Estado ou aqueles que circunstancialmente o comandem<sup>50</sup>, mas sim a sociedade ávida pela efetivação dos direitos fundamentais<sup>51</sup> que lhes foram secularmente sonogados, o que justifica a importância de se reconhecer ao Serviço Público a condição de garantia institucional de efetivação dos fins constitucionais, como sustenta Marçal Justen Filho (2005, p. 481):

O serviço público é uma instituição, constituindo-se em uma estrutura social produzida pelos esforços conjuntos de uma pluralidade indeterminada de sujeitos, que conjugam permanentemente seus esforços em vista de um conjunto de valores e ideais.

---

<sup>50</sup> É o ensinamento de Francisco Campos: “As disposições compreendidas no Título VIII da nossa Constituição, assim como as dos arts. 128-131 da Constituição de Weimar, não visando tão-somente o interesse privado dos funcionários, ou, em outras palavras, protegem esse interesse com o fim de assegurar a instituição do serviço público de carreira. Este é que é intuito da Constituição assegurar e garantir; mas, como o meio de assegurá-lo está em assegurar a situação pessoal do funcionário, este se beneficia da proteção constitucional, por coincidir com o seu interesse público visado pelo legislador constituinte”. *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 789.

<sup>51</sup> “De uma disciplina de autoridade, que pressupunha uma relação vertical entre Estado e cidadão (‘administrado’), orientada à persecução de objetivos macroeconômicos, se passa a um Direito Administrativo voltado a garantir em prol dos cidadãos a melhor satisfação possível dos seus direitos fundamentais”. ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *A ‘Supremacia do Interesse Público’ no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo*. In: SARMENTO, Daniel (organizador). *Interesses Públicos versus Interesse Privados*. Rio de Janeiro, Lumem Juris, 2007, p. 4.

O serviço público institucionalizado transcende a identidade e a existência das pessoas físicas e jurídicas, passando a ser um elemento formador da vida social. Como uma instituição social, o serviço público norteia a conduta das pessoas.

Por isso, o serviço público é um atributo da sociedade, ainda que a competência para sua organização e regulamentação seja formalmente atribuída ao Estado. Mas o Estado não é o 'proprietário' dos serviços públicos. Se fosse possível aludir a 'propriedade do serviço público, certamente sua titularidade seria de toda a sociedade.

Assim, mais que a previsão da existência de instituições encarregadas da prestação dos serviços públicos, faz-se necessário o estabelecimento de meios que garantam a sua higidez, permanência e estabilidade<sup>52</sup>. Nesse sentido, o sistema eleito pela Constituição como regra para o acesso ao serviço público foi o prévio concurso público de prova ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, II). Tal sistema pode ser dito meritocrático, por se fundar na igualdade de oportunidades e nas qualidades pessoais do candidato a servidor público, em oposição ao sistema de livre nomeação pelo soberano (ainda excepcionalmente vigente em relação aos cargos comissionados e nomeações para os tribunais) e ao sistema eletivo (aplicáveis aos mandatários eleitos).

A regra, portanto, é o ingresso no Serviço Público por intermédio do concurso público, sendo excepcionais a livre nomeação e a eleição<sup>53</sup>, aplicáveis somente nos casos expressamente previstos na Constituição.

A previsão constitucional do concurso público como principal forma de ingresso no Serviço Público foi deveras acertada, por homenagear os princípios da isonomia<sup>54</sup> e da impessoalidade e propiciar igualdade de oportunidades de acesso aos cargos públicos a todos os

---

<sup>52</sup> “Quanto mais consolidada a estrutura institucional da Administração Pública, menor é a influência da vontade pessoal dos governantes sobre o modo de sua operação. A atuação do corpo burocrático se desvincula das decisões políticas, o que envolve tanto aspectos positivos como negativos.”: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 566.

<sup>53</sup> Tais exceções não de estar expressamente previstas constitucionalmente; ausente a previsão, inafastável o concurso público. Entendemos, contudo, que o sistema de livre nomeação pode ser afastado pelo sistema eletivo, desde que haja previsão em lei infraconstitucional, por implicar efetivação do princípio democrático e contribuir para uma concepção dialógica de administração pública. Por isso entendemos equivocado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal que entendeu inconstitucionais leis estaduais que estabeleçam o sistema eletivo para a escolha dos diretores de escolas públicas (ADI 578/RS, ADI 123/SC, ADI 573/SC, ADI 640/MG, ADI 578/DF, ADI 2997/RJ, ADI 490/AM). Acompanhamos, portanto, os votos vencidos.

<sup>54</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 229-230: “A mais moderna formulação do princípio da igualdade de acesso aos cargos públicos aponta para a idéia de **oportunidade equitativa**: a garantia do justo valor das liberdades políticas significa que este valor, seja quais forem as posições sociais e econômicas dos cidadãos, tem de ser aproximadamente igual, ou, no mínimo, suficientemente igual, no sentido de que todos tenham uma oportunidade equitativa de ocupar cargos públicos e de influenciar o resultados das decisões políticas.”

cidadãos que atendam às exigências da lei, garantindo ainda a estabilidade<sup>55</sup> e continuidade<sup>56</sup> da atividade administrativa. Vimos, porém, que a efetivação da regra do concurso público não vem ocorrendo sem percalços, estando constantemente ameaçada por setores sociais que pretendem direcionar a atividade estatal para deleite próprio.

De salientar que o acesso aos cargos mediante concurso público visa proteger o próprio Serviço Público enquanto instituição, de modo e evitar a sua personalização e garantir assim a impessoalidade da máquina pública<sup>57</sup>, blindando-a contra interferências indevidas advindas do sistema de livre nomeação. É o que defende Marçal Justen Filho (2005, p. 596):

Se incumbe à lei determinar as hipóteses em que serão instituídos cargos em comissão, isso não significa a inviabilidade de submissão das decisões do governante à observância de determinados requisitos. A restrição à competência de livre nomeação e livre exoneração, mesmo para cargos em comissão, retrata conquista política, e deriva da incorporação ao sistema jurídico de princípios mais elevados acerca da Administração estatal.

---

<sup>55</sup> Juarez Freitas consigna que “na Alemanha, o Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), referiu-se ao ‘servidor público de carreira como uma instituição que, com fundamento em conhecimentos técnicos, desempenho profissional e leal cumprimento do dever, garante uma administração estável, representado um fator de compensação em face das forças políticas conformadoras da vida do Estado’”: FREITAS, JUAREZ. *Regime Constitucional das Carreiras de Estado*. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (coordenadores). *Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 511-512.

<sup>56</sup> “As relações de Direito Público devem ser enfaticamente mais de Estado que de governo. Com efeito, assegurar a obrigatória continuidade das políticas públicas, para além dos governos episódicos, é uma das razões primordiais do Direito Administrativo contemporâneo”. FREITAS, JUAREZ. *Regime Constitucional das Carreiras de Estado*. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (coordenadores). *Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 495. E mais à frente: “A continuidade pós-governamental e o planejamento passam a exercer papel maiúsculo na efetividade do complexo de princípios e regras que regem as relações de administração. Nesse quadro, mais do que nunca, para bem cumprir suas funções, indispensável a máxima valorização das carreiras de Estado, robustecidas e consolidadas em regime institucional que confira os devidos estímulos e as garantias compatíveis (*idem, ibidem*, p. 496).

<sup>57</sup> A necessidade de imparcialidade da atividade administrativa pública é ressaltada por MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21a ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 248, nota de rodapé: “Ora, bem, para que esta máquina seja imparcial, seja neutra, é preciso que os agentes que a operam disponham de certas condições mínimas para cumprir as funções que lhes cabem dentro de um espírito de isenção, de neutralidade, de lealdade para com terceiros, de isonomia no trato com os administrados. Como seria isto possível se os agentes do aparelho estatal e basicamente do Poder Executivo não dispusessem de um estatuto jurídico, de um regime jurídico, que os garantisse, que lhes desse o mínimo de independência perante os ocasionais detentores do Poder? Se esta máquina é hoje toda-poderosa e não existirem mecanismos propícios a uma atuação imparcial de seus operadores é claro que, através deles, ela poderá conduzir os destinos da Sociedade a seu bel-prazer. E poderá assegurar a continuidade dos ocasionais governantes, isto é, de seus mais altos propulsores, os quais, pelo princípio republicano, devem ser transitórios. Poderá assegurar a perpetuação dos que se hajam encastelados na cúpula do Executivo, ainda que através, simplesmente, de sucessores adrede preparados para tanto e que cumpram um interregno assecuratório da persistência do mesmo grupo – quase que como numa ciranda dos mesmos beneficiários do poder. Só mesmo uma máquina preparada para ser isenta, imparcial, leal, e que trate isonomicamente os indivíduos, pode garantir a realização dos objetivos do Estado de Direito, prevenindo e impedindo o uso desatado do Poder em prol de facções que, mediante favoritismos e perseguições, se eternizariam no comando da Sociedade.”

O princípio da democracia republicana significa não apenas a temporariedade dos mandatos eletivos, mas também a proteção do corpo administrativo contra a variação de identidade do governante. A alteração da identidade dos ocupantes dos cargos situados no topo da hierarquia não significa a modificação automática da composição subjetiva do corpo administrativo. Um Estado Democrático tem de assegurar que a condição de agente estatal não dependa da filiação política do sujeito, nem que a temporariedade dos mandatos se reflita na composição dos exercentes das atividades administrativas. Precisamente por isso, a figura do cargo em comissão se transformou em exceção no sistema jurídico. A regra é outra, a de que o servidor público seja protegido contra as variações derivadas do sistema republicano de temporariedade de mandatos.

Além disso, a previsão do concurso público assegura que serão selecionados aqueles que estejam a tanto mais preparados, evitando diversas práticas antidemocráticas que estiveram historicamente presentes no espaço público brasileiro, como o patrimonialismo, como gênero, e o apadrinhamento, a corrupção, o fisiologismo, o nepotismo e o clientelismo como espécies, todos fundados em relações pessoais/familiares e num jogo de interesses de pessoas/grupos contrário ao interesse público<sup>58</sup>, inspirados certamente nas origens patrimonialistas<sup>59</sup> do Estado brasileiro.

A execução de diversas políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988 é tarefa primordial do Serviço Público, cuja eficiência é inversamente proporcional às práticas patrimonialistas, conforme a percepção de Ana Paula de Barcellos (2007, p. 609):

Na ausência do controle social, a gestão das políticas públicas no ambiente das deliberações majoritárias tende a ser marcada pela corrupção, pela ineficiência e pelo clientelismo, este último em suas variadas manifestações: seja nas relações entre Executivo e parlamentares – frequentemente norteadas pela troca de favores-, seja nas relações entre os agentes públicos e a população. Nesse contexto, manipulado em suas necessidades básicas, o povo acaba por perder a autonomia crítica em face de seus

---

<sup>58</sup> Para uma análise crítica acerca da apropriação dos espaços públicos por interesses privados no Brasil, v. SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 353-358.

<sup>59</sup> “A característica que definia o governo nas sociedades pré-capitalistas e pré-democráticas era a privatização do Estado, ou a interpermeabilidade dos patrimônios público e privado. ‘Patrimonialismo’ significa a incapacidade ou a relutância de o príncipe distinguir entre o patrimônio público e os seus bens privados. A administração do Estado pré-capitalista era uma administração patrimonialista. Com o surgimento do capitalismo e da democracia, estabeleceu-se uma distinção clara entre res publica e bens privados. A democracia e a administração pública burocrática emergiram como as principais instituições que visavam proteger o patrimônio público contra a privatização do Estado. Democracia é o instrumento político que protege os direitos civis contra a tirania, que assegura os direitos sociais contra a exploração e que afirma os direitos públicos em oposição ao rent-seeking. Burocracia é a instituição administrativa que usa, como instrumento para combater o nepotismo e a corrupção – dois traços inerentes à administração patrimonialista-, os princípios de um serviço público profissional e de um sistema administrativo impessoal, formal e racional.” PEREIRA, Luís Carlos Bresser. *Gestão do Setor Público: Estratégia e Estrutura para um Novo Estado*. In: Pereira, Luís Carlos Bresser e SPINK, Peter (organizadores). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 26.

representantes. É fácil perceber que corrupção, ineficiência e clientelismo minam a capacidade das políticas públicas de atingirem sua finalidade: garantir e promover os direitos fundamentais. Os recursos públicos são gastos, mas o *status* geral dos direitos fundamentais na sociedade sofre pouca melhora – ou apenas melhoras transitórias – e, *a fortiori*, as condições da população de participar adequadamente do processo democrático permanecem inalteradas. O ciclo então se renova: sem controle social, persistem a corrupção, a ineficiência e o clientelismo.

A existência do Serviço Público sem a previsão da regra de ingresso mediante concurso público esvaziaria por completo a garantia institucional tratada, em especial em face da histórica cultura patrimonialista brasileira<sup>60</sup>, pois permitiria a sua apropriação por interesses privados e seu direcionamento à satisfação de interesses de grupos<sup>61</sup>, desnaturando a própria noção de serviço voltado à consecução do interesse comunitário.

Faz-se imprescindível estabelecer os limites postos ao legislador infraconstitucional e ao administrador relativamente à conformação do Serviço Público<sup>62</sup>, no que se inclui necessariamente a forma de ingresso nos quadros públicos e a forma de provimento de seus cargos. Para tal fim adquirem grande relevo os princípios constitucionais da Administração Pública e o princípio da proporcionalidade, como salvaguardas à higidez da atividade administrativa estatal.

A Constituição Federal consagra o amplo direito de acesso aos cargos públicos, em regra mediante concurso público. Tal amplitude, porém, é temperada pela previsão de

---

<sup>60</sup> Sobre a formação do estamento burocrático português, FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. 4ª ed. São Paulo: Globo, 2008, p. 102, assim se expressa: “O patrimonialismo, organização política básica, fecha-se sobre si próprio com o estamento, de caráter marcadamente burocrático. Burocracia não no sentido moderno, como aparelhamento racional, mas da apropriação do cargo – o cargo carregado de poder próprio, articulado com o príncipe, sem a anulação da esfera própria de competência. O Estado ainda não é uma pirâmide autoritária, mas um feixe de cargos, reunidos por coordenação, com respeito à aristocracia dos subordinados.” E prossegue mais adiante, agora acerca da manifestação do estamento no Brasil colonial: “Fazenda, Guerra e Justiça são as funções dos reis, funções que se expandem e se enleiam no controle e aproveitamento da vida econômica. Uma constelação de cargos, já separada a administração pública da casa real, realiza as tarefas públicas, com as nomeações e delegações de autoridade. Separação, na verdade, tênue, em que o valido da corte se transmuta em funcionário ou soldado, num processo de nobilitação, que abrange o letrado e o homem de armas. O patrimônio do soberano se converte, gradativamente, no Estado, gerido por um estamento, cada vez mais burocrático” (*idem*, *ibidem*, p. 197).

<sup>61</sup> Interesses estes bastante comuns na história recente do país, como relata SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 123: “O regime militar que nos dominou de 1964 a 1984 fortaleceu o ‘capitalismo cartorial’, situação em que o setor privado se apegava ao protecionismo estatal para realizar seus lucros, em que as agências públicas, criadas para o exercício de políticas públicas, são apoderadas por grupos de interesses das respectivas áreas, de sorte que passam a constituir instrumentos de mobilização de recursos e de ações na satisfação desses interesses.”

<sup>62</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 397-398: “A protecção das garantias institucionais aproxima-se da protecção dos direitos fundamentais quando se exige, em face das intervenções limitativas do legislador, a salvaguarda do ‘mínimo essencial’ (núcleo essencial) das instituições”.

nomeação para cargos em comissão, a sugerir a necessidade de controle jurisdicional dos respectivos atos de provimento, em especial ante a dicção do artigo 71, III, que subtrai do Tribunal de Contas da União a apreciação da legalidade das nomeações para cargos de provimento em comissão.

É relevante analisar a forma de preenchimento dos cargos em comissão, sempre tendo em vista a concepção republicana de governo como instrumento teórico que fundamenta uma reaproximação entre as esferas pública e privada<sup>63</sup> e situa o Estado como um *alterego social* do indivíduo<sup>64</sup>. O Estado não deve ser visto em contraposição à sociedade, como se fossem nichos diametralmente diversos. Por outro lado, o Estado não pode servir apenas aos grupos sociais que circunstancialmente estejam ocupando o poder político. O equilíbrio possível entre o Estado e a sociedade há de ter por fiel o princípio republicano, para que o cidadão veja no Estado não um meio para satisfação de interesses pessoais próprios ou de terceiros, mas o reflexo de suas aspirações enquanto integrante de uma coletividade. Especificamente quanto ao acesso aos cargos públicos, a aplicação do Direito deve-se dar de molde a incutir no cidadão a crença de que o provimento em comissão não é via de manifestação de apadrinhamentos, mas sim instrumento de profissionalização do Serviço Público. O cidadão, para ter acesso aos cargos em comissão, deve-se confiar não na tutela de uma autoridade com poder de nomeação que o alce ao posto desejado, mas sim no preenchimento de condições morais e técnicas que inspirem na autoridade encarregada na nomeação a segurança necessária de que o pretendente ao cargo estará à altura da missão que lhe é confiada. Essa a leitura republicana do provimento em comissão.

A forma desvirtuada como se dá o provimento livre alimenta diuturnamente a crença de que o acesso aos cargos em comissão somente é possível caso o cidadão seja aceito como integrante do grupo que, ocupante ocasional do poder político, tenha à disposição o poder

---

<sup>63</sup> Sobre a superação do princípio da supremacia do interesse público, v. SCHIER, Paulo Ricardo. *Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais*. RT 845. São Paulo: RT, 2006. Também SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e Crise Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pp. 311-379. Para uma visão do princípio da supremacia do interesse público sob a perspectiva de doutrina administrativista, v. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 66-70.

<sup>64</sup> “Ora, a cultura política no Brasil sempre foi mais autoritária do que democrática. Historicamente, o Estado não é visto como um órgão ao lado da sociedade, oriundo de um contrato social, mas como uma entidade acima da sociedade”: PEREIRA, Luís Carlos Bresser. *Da Administração Pública Burocrática à Gerencial*. In: Pereira, Luís Carlos Bresser e SPINK, Peter (organizadores). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 266.

discrecional da nomeação. Essa crença ocasiona um ciclo perversamente repetitivo, em que o Estado é visto ora como propriedade privada – sob a óptica daqueles que detêm momentaneamente o poder – ora como algo estranho e distante, quiçá indiferente – para aqueles que não gozam atualmente dos privilégios –, situação essa que pode, contudo, ser invertida caso a alternância de poder se dê em favor destes e não daqueles. O cidadão então se sente compelido a engajar-se não na sociedade globalmente considerada, mas num determinado grupo que, em sua visão, possibilite-lhe o acesso aos privilégios estatais; aquele que não encontra a proteção de um grupo estará, portanto, à margem da possibilidade de acesso aos cargos em comissão. Esse ciclo vicioso tem por consequência a fragmentação do corpo social em função de interesses pontuais e particularizados, contrapondo indevidamente setores sociais que, em princípio, somente se deveriam rivalizar por ocasião dos processos eleitorais, o que também contribui para subtração da legitimidade social das instituições estatais.

Decorre da própria noção de *res publica* a titularidade ampla dos bens e interesses públicos, de modo que deve haver possibilidade não apenas de ingresso, mas também de controle social das formas de acesso ao Serviço Público, especialmente quando tal se dá em exceção à regra do concurso público, como sói acontecer nas nomeações para os cargos em comissão. A Constituição Federal protege a Administração, não o administrador. Logo, o provimento de cargos em comissão deve ser feito em benefício da atividade administrativa, sob pena de invalidade constitucional.

É com fundamento na noção de Serviço Público como garantia institucional e na necessidade de reaproximação entre as esferas pública e privada<sup>65</sup>, decorrente da concepção

---

<sup>65</sup> Interessante é a análise de Newton de Menezes Albuquerque ao diagnosticar as causas da separação entre sociedade e Estado no Brasil: “O espaço público ocupa um papel secundário na vida social brasileira, mas estabelece evidente sentido de duplicação simbólica dos valores privatistas em nossa ordem social e política, ao reafirmar a cadeia de lealdades hierárquicas tecidas na vida brasileira. Sem isso, as elites estamentais brasileiras temem a instalação da ‘desordem e da anarquia’ que podem vir a ser potencialmente ocasionados por qualquer tentativa de reconhecimento do protagonismo ou da autonomia política das maiorias populares.

“Daí a ênfase que os estudos políticos e sociológicos brasileiros dão à problematização dos aspectos microssociais de nosso cotidiano na procura de um estudo pormenorizado da formação de nossa mentalidade política, social e cultural patrimonialista, movida por uma ‘razão cordial’, apesar de circunscrita a observância dos ritos e liturgias burocráticos, e indevassável aos valores republicano-democráticos da igualdade e da liberdade. Características que se projetam na criação de uma ordem jurídica casuística, socialmente autista, e exacerbadamente procedimentalista e elitista no reconhecimento da titularidade do poder de interpretação/aplicação do ordenamento jurídico e da estrutura formal do Estado de Direito no Brasil. A constituição de um Estado patrimonialista que desfaz os lindes entre esfera pública e privada no Brasil, define um padrão de produção do Direito contraposto ao processo de igualação/formalização do poder no âmbito do Estado Liberal de Direito. A prevalência de formas cesaristas de exercício do poder, reveste o Estado de um profundo

republicana, que se sustenta a ampla possibilidade de controle jurisdicional do provimento dos cargos em comissão.

---

estranhamento com a sociedade civil, até no que tange às classes dominantes, pouco afeitas a uma legalidade aberta e dialógica na qual a titularidade do exercício do poder deve ser de todos, indistintamente.”: ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. *Estado e Sociedade Periférica Brasileira: O Dilema da Construção da Democracia*. In: SALES, Lília Maia de Moraes e LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto (organizadores). *Constituição, Democracia, Poder Judiciários e Desenvolvimento – Estudos em Homenagem a José de Albuquerque Rocha*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, pp. 484-485.

### 3 CONTROLE JURISDICIONAL DO PROVIMENTO EM COMISSÃO: PARÂMETROS ESPECÍFICOS

#### 3.1 Provimento em Comissão e Princípios Constitucionais da Administração Pública

Foge ao objetivo do presente trabalho a tentativa de justificar a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos, em especial aqueles ditos discricionários, pois a doutrina nacional já assentou em bases sólidas a possibilidade de ampla sindicabilidade judicial dos atos administrativos discricionários com base nos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e nos princípios constitucionais que regem a administração pública<sup>66</sup>.

A dificuldade reside, todavia, na caracterização *in concreto* de casos em que se possa afirmar, com segurança, que um determinado princípio constitucional foi violado, o que torna ainda mais importante o recurso à doutrina. Com efeito, tendo por pressuposto a possibilidade de amplo controle jurisdicional dos atos administrativos, a questão não é mais saber se é possível contrastar um determinado ato administrativo discricionário diretamente com um princípio constitucional, pois tal já foi justificado a contento por estudos de fôlego, mas sim procurar dar densidade aos princípios constitucionais mediante definição de parâmetros que orientem a atividade do intérprete e que o levem a concluir se, em um determinado caso, houve ofensa aos valores constitucionais. José Afonso da Silva (2008, p. 336) sustenta que um ato administrativo pode ser legal, mas imoral :

Pode-se pensar na dificuldade que será desfazer um ato, produzido conforme a lei, sob o fundamento de vício de imoralidade. Mas isso é possível, porque a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal, porque tem conteúdo jurídico, a partir de regras e princípios da Administração. A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, por exemplo, com o intuito de prejudicar ou favorecer alguém deliberadamente, por certo que se está produzindo um ato *formalmente* legal, mas *materialmente* ofensivo à moralidade administrativa.<sup>67</sup>

<sup>66</sup> Ver, por todos, os trabalhos de MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2ª. ed. São Paulo: Dialética, 2004, e MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

<sup>67</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 5a. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 336.

A concretização dos princípios é tarefa do intérprete, muito embora não seja tarefa fácil. O raciocínio supratranscrito é perfeitamente extensível aos demais princípios constitucionais da atividade administrativa, suscetíveis de serem ofendidos ainda que o ato se revista de uma aparência de legalidade. É necessário, para tanto, que o ato administrativo suspeito de violação aos referidos princípios seja submetido a um controle de conteúdo, e não apenas de forma, uma vez que esta, muitas vezes, serve de camuflagem para atos que não se compadecem com uma concepção valorativa do ordenamento jurídico, cuja expressão mediante princípios diminui a margem de liberdade de decisão do administrador, consoante leciona Germana Moraes (2004, p. 43):

A principalização do Direito, antes de abolir a categoria da discricionariedade administrativa, de erradicar a margem de liberdade de decisão como nota que a caracteriza ou de identificá-la à esfera do mérito do ato administrativo, modificou as conexões entre discricionariedade, lei e Direito; forneceu novos parâmetros jurídicos – não legais e que antes eram políticos, de exercício dessa liberdade e destacou o mérito como o 'núcleo político' da discricionariedade insuscetível de revisão jurisdicional. Deste modo, propiciou o controle jurisdicional de aspectos discricionários dos atos administrativos, distintos do mérito, além de guarnecer a Administração Pública de critérios norteadores de ação, os quais consubstanciam parâmetros orientadores do exercício daquela liberdade de decisão e delimitadores de dose variável dessa liberdade, maior ou menor, em cada caso vertente.<sup>68</sup>

Já se mencionou no presente trabalho que o provimento dos cargos em comissão, conquanto livre, não é arbitrário, diante da necessidade da observância de pautas axiológicas. Tornamos à idéia. Para Marçal Justen Filho (2005, pp. 594-595) a diferença entre a arbitrariedade e a liberdade reside em que aquela é irrestrita, ao passo que esta está sujeita a parâmetros jurídicos:

Há uma tendência a interpretar o art. 37, II, da Constituição no sentido de que o Chefe do Executivo seria titular de uma competência arbitrária e incondicionada para prover e exonerar os cargos em comissão. Alguns chegam a afirmar que os cargos em comissão são de 'propriedade' do Chefe do Executivo.

Essa é uma concepção originada dos primórdios do constitucionalismo, impregnada de uma ideologia imperial. A instauração de regime jurídico fundado no instituto da função, na vinculação de todas as competências à realização do interesse público e a proscrição de decisões derivadas de puro subjetivismo impedem a manutenção da idéia de que a investidura ou a exoneração em cargo em comissão possa ser objeto de uma decisão **livre** – não, pelo menos, se **livre** significar arbitrária.

A restrição à autonomia para provimento e exoneração reflete a evolução que impregna o próprio conceito jurídico de discricionariedade. Cada vez mais se rejeita a concepção de que a discricionariedade retrata uma opção a ser exercitada sem observância a parâmetros determinados, fundada exclusivamente em critérios subjetivos da autoridade estatal.

<sup>68</sup> MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2ª. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 43.

O preenchimento dos cargos em comissão, por ser atribuído livremente à autoridade competente para a nomeação e exoneração, há de render homenagem aos princípios constitucionais da administração pública. O risco de ofensa é ainda maior quando o escolhido não possui vínculo algum com a Administração Pública, de modo que não se tenha parâmetros prévios que demonstrem seguramente a aptidão para o exercício do cargo. Não se trata, por outro lado, de advogar o preenchimento dos cargos em comissão mediante concurso público, uma vez que a relação de confiança é relativamente incompatível com este, como alerta Ivan Barbosa Rigolin (1989, pp. 132-133):

Não se exige concurso para postos de confiança (cargos ou empregos), pois que tal refugiria por completo da finalidade de existência desses postos; sendo preenchíveis pelo único critério da confiança pessoal da autoridade competente para nomear seus ocupantes, para funções com forte conotação de representatividade política, é por inteiro absurdo pretender concursar a esses últimos...<sup>69</sup>

Veremos, porém, que a afirmação de que os cargos em comissão são aqueles que pressupõem um vínculo de confiança há de ser recebida com cautelas. Isso porque a mera declaração legal de que um cargo será provido mediante comissionamento não é suficiente, por si só, para justificá-lo. A aferição da necessidade do vínculo de confiança para ao exercício dos cargos não cabe ao legislador; há que se analisar se as atividades efetivamente exercidas exigem um especial vínculo de confiança entre o nomeante e o nomeado. O assunto será desenvolvido mais adiante.

Uma advertência, contudo, é de logo necessária: o provimento de cargos em comissão não está sujeito à aprovação do Poder Legislativo, como se dá no caso de nomeações para os tribunais; não está igualmente sujeito à aprovação eleitoral, como ocorre com os exercentes de mandato político; não está sequer sujeito ao registro prévio no Tribunal de Contas, como se exige dos atos de provimento de cargos efetivos. A se levar em consideração tais constatações, poder-se-ia concluir apressadamente que o provimento de cargos comissionados estaria sujeito tão somente à discricionariedade da autoridade nomeante. A conclusão, sobre ser açodada, é falsa.

O fato de o legislador constituinte haver subtraído aos tribunais de contas a análise prévia dos atos de provimento dos cargos em comissão demonstra tão-somente haver entendido que o controle meritório de tais atos não deveria ser atribuído a uma corte de feição técnica, o que

---

<sup>69</sup> RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O Servidor Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 132-133.

reforça a idéia de que o controle por excelência há de ser o jurisdicional. É possível aos tribunais de contas, porém, efetuar o controle da legalidade do provimento de cargos em comissão, independentemente do registro prévio da nomeação. A Constituição Federal dispensa o registro prévio da nomeação comissionada, mas tal não implica exclusão do controle técnico da legalidade do provimento.

A discricionariedade deixada ao administrador para a escolha do ocupante do cargo em comissão é limitada. Germana Moraes (2004, p. 39), ao dissertar sobre as escolhas possíveis em sede de discricionariedade administrativa, deixa claro a necessidade de uma ponderação valorativa do interesse público, de modo que o parâmetro a ser utilizado deve sempre ser a maior ou menor satisfação do interesse público.

A liberdade para o provimento dos cargos em comissão está sujeita à observância de parâmetros jurídicos que, para os objetivos ora perseguidos, não de ser extraídos da Constituição Federal. Muito embora o mérito da escolha do ocupante do cargo em comissão não esteja sujeito ao controle jurisdicional, o universo de elegíveis é reduzido por exigência valorativas. Assim, a margem de livre escolha do administrador público somente se apresenta após a prévia exclusão de possíveis escolhas que não se compadeçam com os princípios constitucionais. Em outras palavras: após a eliminação daquelas escolhas que ensejariam violação aos princípios constitucionais, remanesce ao administrador a possibilidade de escolher livremente o ocupante de um cargo em comissão. Pensemos no hipotético provimento de um cargo em comissão de chefe de determinada repartição administrativa: embora em tese seja possível que a autoridade legalmente competente para a nomeação possa escolher livremente qualquer pessoa que atenda às exigências contidas na lei, no caso concreto não será possível que a escolha recaia sobre parente próximo daquele, ou sobre pessoa que não possua qualificação técnica suficiente para ao exercício do cargo, ou que não possua idoneidade para a função, tudo em função de incompatibilidade com os princípios constitucionais. No exemplo dado, a liberdade de escolha do administrador remanesce em relação àqueles com quem não possua parentesco próximo, ou que ostentem qualificação técnica compatível com as responsabilidades do cargo, ou que possuam idoneidade para a função. O assunto será desenvolvido oportunamente, bastando assentar, para ao presente momento, a necessidade de filtragem axiológica das indicações para o preenchimento de cargos em comissão.

O preenchimento dos cargos em comissão deve atender às exigências valorativas contidas nos princípios constitucionais da administração pública contemplados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal: legalidade, publicidade, eficiência, moralidade e impessoalidade. O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 12, em que se discutia a constitucionalidade de ato do Conselho Nacional de Justiça que vedava o nepotismo no Poder Judiciário, concluiu ser equivocada a proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público<sup>70</sup>. A obviedade da afirmação vai somente até o ponto em que, dada a carga de generalidade dos princípios, surjam dificuldades para lhes dar uma concretude suficiente à impugnação de determinados atos administrativos, em especial ante a existência de uma “zona de penumbra”. Entretanto, é possível vislumbrar hipóteses em que a vulneração aos princípios é indubitosa, como acentua Marçal Justen Filho (2005, p. 595):

A aplicação das teses mais recentes acerca da discricionariedade conduz à reprovação de atos de investidura em cargos em comissão fundados na pura e simples *preferência* subjetiva do governante. Seria possível reconhecer como válida a decisão de nomear um sujeito simplesmente por compartilhar o mesmo partido político? Pode-se reputar como compatível como o sistema constitucional vigente a concepção de que um *cargo em confiança* possa vir a ser ocupado por um sujeito destituído de qualquer predicado objetivo? É possível nomear para cargo em comissão um parente, se destituído de qualquer habilitação, capacitação ou virtude necessárias ao desempenho da função pública? A resposta deve ser negativa.

Márcio Cammarosano (1984, pp. 95-96), ainda sob a regência da Constituição anterior, faz coro à necessidade de análise quanto à natureza do cargo a ser provido mediante comissão, de modo a evitar a burla à regra do concurso público:

A eventual dificuldade, em certos casos, de se dizer da real necessidade ou não de pessoa de absoluta confiança, não elimina os casos extremos, com relação aos quais essa necessidade ora salta aos olhos (que é o que se verifica, por exemplo, com o cargo de Chefe de Gabinete), ora inexistente, apresentando-se como indubitável a ausência da razão lógica que justifique a livre escolha do titular (como em se tratando de provimento de cargo de lançador).

A exemplo do que verificamos quando do estudo do § 1º do art. 97 da Constituição Federal, mais precisamente quanto à dispensa, mediante lei, de concurso público para a primeira investidura, também falece ao legislador ordinário liberdade ilimitada para criar

---

<sup>70</sup> Supremo Tribunal Federal, ADC 12 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00015 EMENT VOL-02245-01 PP-00001 RTJ VOL-00199-02 PP-00427. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

cargos de livre nomeação e exoneração, sob pena de, através desse expediente, serem burlados preceitos maiores da Constituição.

Admite-se que a lei declare de livre provimento e exoneração cargos de diretoria, de chefia, de assessoria superior, mas não há razão lógica que justifique serem declarados de livre provimento e exoneração cargos como os de auxiliar administrativo, fiscal de obras, enfermeiro, médico, desenhista, engenheiro, procurador, e outros mais, de cujos titulares nada mais se pode exigir senão o escorreito exercício de suas atribuições, em caráter estritamente profissional, técnico, livres de quaisquer preocupações ou considerações de outra natureza.

O § 2º do art. 97 da Constituição Federal não autoriza o legislador ordinário a fazer dos cargos de livre provimento e exoneração a regra, e dos cargos de provimento efetivo, mediante concurso público, a exceção, pois isso seria tornar praticamente letra morta o princípio da igual acessibilidade de todos aos cargos públicos, que tem precisamente na exigência do concurso a sua seiva.

A violação ao princípio da legalidade no provimento em comissão pode ocorrer, por exemplo, quando a autoridade nomeante não tem competência para tanto, ou quando o nomeado não atende às exigências legais exigidas para o exercício do cargo, ou quando o ato não reveste a forma prevista em lei. A análise da ofensa ao princípio da legalidade decorre de mera atividade de subsunção do ato administrativos às normas legais respectivas, o que facilita a atividade do aplicador da lei. Ocorre que as exigências axiológicas trazidas na Constituição de 1988 não são satisfeitas mediante mero juízo de legalidade, sendo este apenas o aspecto formal e externo do ato administrativo. É preciso ir além, para contrastar o conteúdo do ato com os demais princípios constitucionais.

A ofensa ao princípio da publicidade pode ocorrer quando os atos administrativos de nomeação para cargos em comissão não são tornados públicos, com o intuito de subtrair ao controle social a apreciação da regularidade dos atos, como recentemente se deu com os chamados “atos secretos do Senado Federal”, em que deliberadamente omitiu-se a publicação de diversas portarias de nomeação e designação de servidores daquela Casa, ou com os fatos apurados pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito instaurada para apurar irregularidades na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (“CPMI dos Correios”)<sup>71</sup>. A ofensa ao princípio da publicidade tem normalmente um caráter instrumental, com vistas a encobrir o gravame a um outro princípio.

---

<sup>71</sup> Esse caso resultou na seguinte proposição apresentada pela Comissão Parlamentar Mista de Inquérito: “De forma idêntica, os ocupantes de cargos em comissão de livre nomeação e exoneração, indicados, via de regra, pelos agentes políticos e ocupantes de cargos da alta administração, devem ter, além de suas agendas, também os currículos divulgados na Internet, para permitir um controle público tanto de seus atos quanto da adequada nomeação, que deve considerar as atribuições do cargo em relação ao nível de formação acadêmica e qualificação profissional do ocupante”. Disponível em <http://www.transparencia.org.br/docs/CPMI-Correios-propostas.pdf>. Acesso em 25.06.2010.

A vulneração ao princípio da eficiência pode ocorrer, *verbi gratia*, quando o servidor nomeado para o cargo em comissão, embora atenda às exigências legais para o exercício do cargo, não tem aptidão *in concreto* para tanto, como se daria com a nomeação de leigo para o exercício das funções de direção da secretaria de uma vara judicial ou de qualquer outra repartição que exija o domínio de conhecimentos técnicos especializados.

A afronta ao princípio da impessoalidade, por sua vez, pode exemplificativamente ocorrer quando a nomeação para o cargo em comissão recaia em parente próximo da autoridade nomeante, ou até mesmo quando a grande quantidade de cargos comissionados em uma determinada esfera de governo ocasione uma personalização da Administração Pública, tornando-a demasiadamente aberta às alterações decorrentes das alternâncias partidárias no poder.

O princípio da moralidade pode ser ferido, por exemplo, na nomeação, para o cargo em comissão, de pessoa já condenada por crime contra a Administração Pública ou por ato de improbidade administrativa, ou no provimento do cargo em razão de compromissos eleitorais pretéritos, pois tais atos evidenciam a violação aos padrões morais que devem orientar a atividade administrativa pública. A moralidade no preenchimento dos cargos públicos é invocada como necessidade inarredável por José Cretella Júnior (1983, p. 522), citando Gabino Fraga:

*A nomeação denominada discricionária, livre, direta ou, simplesmente, nomeação é a que se processa com liberdade completa para a designação. 'A tendência dos regimes administrativos modernos é a de restringir essa discricion, pois ela pode ser contrária aos interesses do bom funcionamento do serviço público. Não exigir requisitos de idoneidade legal, técnica e moral para as funções públicas, pode conduzir ao favoritismo nas nomeações, e, conseqüentemente, fazer com que os serviços públicos se encontrem não só desatendidos, mas, o que é pior, atendidos de modo imoral.'*<sup>72</sup>

O provimento em comissão não se justifica apenas pela relação de confiança entre nomeante e nomeado, pois esta é insuficiente para fundamentar a permanência no cargo em comissão após a extinção do vínculo do nomeante com o Serviço Público. Se assim não fosse, seria forçoso reconhecer que a exoneração do comissionado seria conseqüência automática e inafastável da exoneração do comissionante, o que colocaria em risco a própria continuidade da atividade administrativa pública. Ocorre que, nos momentos de transição administrativa, é comum a permanência dos ocupantes de cargos comissionados até que haja a exoneração formal

---

<sup>72</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro - volume I*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 522.

*ad nutum*, o que demonstra que a relação de confiança há de ser fundamentada não em relações pessoais, mas na aptidão para o exercício do cargo.

Há que se observar também a existência de possíveis incompatibilidades entre o ocupante do cargo e as funções a desempenhar, reveladas por intermédio do critério da razoabilidade. Algumas hipóteses são trazidas pela doutrina (GARCIA e ALVES, 2008, p. 406):

O provimento de determinado cargo, ainda que sujeito à subjetividade daquele que escolherá o seu ocupante, sempre se destinará à consecução de uma atividade de interesse público. Assim, é necessário que haja um perfeito encadeamento entre a natureza do cargo, o agente que o ocupará e a atividade a ser desenvolvida. Rompido esse elo, ter-se-á o desvio de finalidade e, normalmente, a paralela violação ao princípio da moralidade. Os exemplos, aliás, são múltiplos: um cargo que exija o uso das mãos não pode ser ocupado por quem não as possui; uma pessoa que sequer é alfabetizada não pode ocupar um cargo que exija conhecimentos técnico-científicos; um adolescente, filho ou sobrinho de Desembargador, que sequer concluiu o ciclo básico de estudos, não deve ser nomeado Assessor deste, máxime quando estuda em outro Estado da Federação; etc. Em situações como estas, restará claro que ao nomear um parente para a ocupação do cargo buscou o agente unicamente beneficiá-lo, já que suas limitadas aptidões inviabilizam o exercício de funções inerentes ao cargo para o qual fora nomeado.

As hipóteses de gravame aos princípios constitucionais, por ocasião do provimento de cargos em comissão, são múltiplas. Embora não seja possível identificar-se aprioristicamente as diversas formas possíveis de ofensa aos princípios constitucionais da administração pública, pode-se delinear parâmetros específicos que indiquem objetivamente – ou aproximadamente – que o provimento em comissão de determinado cargo público não atende às exigências constitucionais.

A infringência aos princípios constitucionais há de ser analisada sob a perspectiva puramente objetiva, irrelevante, pois, a intenção do agente. É suficiente que o aspecto exterior do ato indique contrariedade à Constituição, para que não possa subsistir. O elemento subjetivo é relevante para a responsabilização, mas não para a invalidação do ato. Alguns exemplos de vulneração aos princípios constitucionais, quando da nomeação em comissão, são trazidos por Lúcia Valle Figueiredo (2006):

Nomeia-se para gerir Banco de alta importância quem era, até pouco tempo, alto executivo de mega-investidor. Nomeia-se para outro Banco, também de grande importância, devedor do próprio Banco, acusado de gestão temerária na instituição que gerira. Nomeia-se para assessoramento especial de Governador de Estado quem deixa a Presidência de Companhia Estatal por ter seus bens indisponibilizados por supostos atos de inidoneidade, de improbidade administrativa.<sup>73</sup>

---

<sup>73</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Corrupção Administrativa*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, abril/maio/junho, 2006. Disponível em

Outras hipóteses de incompatibilidades para o exercício de cargos em comissão também são mencionadas por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2008, p. 403):

Como exemplo, podemos mencionar a nomeação do proprietário da maior rede hospitalar privada do Município para o cargo de Secretário Municipal de Saúde; neste caso, seria do interesse do Secretário o aprimoramento do atendimento nos hospitais públicos? Contribuiria ele para o decréscimo de seus próprios lucros? Em situações como essa, entendemos ser patente a violação à moralidade administrativa, o que já não ocorre pelo simples fato de o ocupante do cargo ser parente do agente que o nomeou.<sup>74</sup>

É um equívoco pretender atribuir natureza política à investidura de todo e qualquer cargo em comissão. A generalização restringe-se apenas aos cargos de natureza política previstos na Constituição, é dizer, os cargos de ministros de Estado e, por simetria, de secretários estaduais ou municipais. Em outras palavras: a investidura política restringe-se aos agentes políticos, que, para os fins ora pretendidos, são apenas os auxiliares diretos do chefe do Poder Executivo, já que os demais agentes políticos estão sujeitos ao crivo eleitoral. Quanto a todos os demais cargos de provimento livre, referem-se ao exercício de função estritamente administrativa e não de função política. A possibilidade de livre nomeação e exoneração não decorre, assim, da natureza política do provimento em comissão, mas de simples autorização constitucional, que entendeu por bem em consagrar o provimento livre de alguns cargos de direção, chefia e assessoramento.

O Supremo Tribunal Federal já tem inclusive entendimento de que a nomeação para os Tribunais de Contas tem natureza administrativa<sup>75</sup>, raciocínio que pode ser perfeitamente estendido às nomeações em comissão. Embora a discricionariedade do provimento livre atribuído à autoridade nomeante resulte de sua legitimação política, não é esta suficiente à legitimação do provimento em comissão, que somente se justifica caso sejam observadas as exigências éticas trazidas pela Constituição.

A existência de um regime político estável pressupõe a existência de instituições estatais também estáveis. Por isso é que as instituições estatais devem ser protegidas contra as oscilações políticas próprias do regime republicano, para que a alternância de poder não se transforme em alternância de domínio sobre um Estado submisso. A maleabilidade do Serviço

---

<<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 12.06.2010.

<sup>74</sup> GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 403.

<sup>75</sup> Supremo Tribunal Federal, Rcl 6702 MC-AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 04/03/2009, DJe-079 DIVULG 29-04-2009 PUBLIC 30-04-2009 EMENT VOL-02358-02 PP-00333 RSJADV jun., 2009, p. 31-34 LEXSTF v. 31, n, 364, 2009, p. 139-150. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 30.06.2010.

Público, ou seja, a sua capacidade de adaptação às diversas concepções políticas representadas na comunidade deve ser garantida não mediante sua indevida partidização, mas por intermédio do fortalecimento do sistema de mérito e profissionalização da instituição. Esta também deve ser a leitura republicana do sistema de livre nomeação e exoneração, pois o provimento em comissão deve ser tido como um instrumento de *dinamização* da atividade administrativa e não como um seu instrumento de *politização*.

Em diversas ocasiões o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucionais normas estaduais que estabeleciam o sistema eletivo para o provimento dos cargos de direção de escolas públicas. Entendeu-se que tais normas implicariam em lesão ao princípio da livre nomeação e exoneração. O posicionamento da Corte, além de ser passível de críticas em razão dos argumentos constantes dos votos vencidos, fundados primordialmente em considerações sobre o regime democrático, não pode significar a generalização do entendimento de que o provimento de cargos em comissão é insuscetível de controle jurisdicional. A liberdade deferida ao administrador há de ser compatibilizada com os demais princípios constitucionais e com o sistema republicano e democrático que alicerçam o Estado brasileiro.

A consagração da liberdade absoluta na designação dos cargos em comissão transformá-los-ia em verdadeira propriedade daquele responsável pela indicação, no que seria clara a ofensa ao princípio republicano. Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal já consignou que “o que previsto no Diploma Máximo quanto à livre nomeação e exoneração há de ser tomado de forma racional, de modo razoável, presente a boa fé” e que “o texto da parte final do artigo 37 ‘ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação’ não serve de respaldo ao quadro de injustiça e por vezes de absoluta imoralidade que costumeiramente é denunciado pela imprensa escrita e falada”<sup>76</sup>.

Os vícios no preenchimento de postos em órgãos que são estratégicos para concretizar os fins constitucionais, como, apenas exemplificativamente, a Fundação Nacional do Índio - FUNAI, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA e a Fundação Nacional de Saúde – FUNASA, aliados às sucessivas políticas de sucateamento dessas autarquias vêm

---

<sup>76</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI 1521 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/03/1997, DJ 17-03-2000 PP-00002 EMENT VOL-01983-01 PP-00105 RTJ VOL-00173-02 PP-00424. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

ocasionando a prevalência de interesses político-partidários em detrimento do interesse público, o que frustra por completo o desejo constitucional de que sejam executadas políticas públicas essenciais para a efetivação dos direitos fundamentais. O provimento dos cargos em comissão pode explicar parcialmente o fenômeno, na medida em que o exercício da prerrogativa de livre nomeação nem sempre vem acompanhado dos valores exigidos pela Constituição. A execução de relevantes políticas públicas é então parcial ou totalmente comprometida pelas influências deletérias dos que muitas vezes se utilizam da via comissionada para desviar a atividade administrativa de seu norte.

É possível pensar em algumas medidas preventivas ao *provimento patológico* dos cargos em comissão.

A primeira delas é a extinção pura e simples dessa forma de provimento. Tal solução traz o inconveniente de reduzir drasticamente o universo de possíveis ocupantes, impedindo que especialistas altamente capacitados possam ser convidados ao Serviço Público, pelo qual, de outra maneira, não se interessariam, por variadas razões. Uma outra alternativa seria a instituição de comissões de ética na esfera estatal, encarregadas da análise dos atos de nomeação em comissão, com poder de veto ou de representação aos órgãos competentes.

Seria possível também a alteração do artigo 71, III, da Constituição Federal, suprimindo a expressão “excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão”, de modo a atribuir ao Tribunal de Contas da União e, simetricamente, aos demais tribunais de contas, a apreciação da juridicidade dos atos administrativos de provimento dos cargos em comissão, inclusive com a possibilidade de sustação do ato (art. 71, X). A feição técnica das cortes de contas pode constituir obstáculo momentâneo, mas a *expertise* pode ser obtida com a prática reiterada da análise das nomeações em comissão, para além do mero aspecto da subsunção à legalidade.

A providência mais simples, entretanto, é a regulamentação do artigo 37, V, da Constituição Federal, para especificar os casos, condições e percentuais mínimos em que o provimento do cargo em comissão ficaria restrito a servidores de carreira. O conteúdo mínimo da regulamentação deve estar atento ao caráter excepcional do provimento livre e à necessidade de valorizar os integrantes do próprio órgão onde se dará o provimento, como formas de evitar burlas ao sistema meritocrático. É preciso ainda que os referidos percentuais sejam exigíveis em

cada um dos órgãos estatais<sup>77</sup>, e não do ente público globalmente considerado, pois de outra maneira permaneceria a possibilidade de captura de determinados órgãos públicos de cunho estratégico para a cidadania. Urge, ainda, a diminuição do número de cargos comissionados.

No plano dogmático, é possível sustentar-se a necessidade de motivação dos atos administrativos de nomeação em comissão, pelos menos naqueles casos em que haja dúvida quanto às razões que levaram a autoridade nomeante àquela determinada escolha, o que justificaria a invocação da *teoria dos motivos determinantes* já amplamente difundida da doutrina e na jurisprudência. Embora o dever de fundamentação das decisões administrativas não esteja consagrado explicitamente na Constituição Federal, Germana Moraes (2004, p. 108) salienta que a doutrina brasileira defende a necessidade de motivação, ante a inexistência de diferença ontológica entre as decisões administrativas dos Poderes Legislativo e Executivo e as decisões administrativas dos Tribunais, estas últimas sujeitas expressamente ao dever de motivação por força do artigo 93, X, da Lei Fundamental.

No caso específico do provimento de cargos em comissão não basta a mera referência à lei criadora do cargo ou ao dispositivo legal que defere competência à autoridade nomeante, pois tal atende a meras exigências de legalidade, insuficientes para a legitimação integral do ato administrativo. É preciso que sejam declinados os motivos que levaram o administrador a eleger, dentre o universo de possíveis escolhas, aquele determinado ocupante do cargo em comissão, ainda que de forma sucinta, de modo a possibilitar, para além do controle jurisdicional, o próprio controle social do provimento.

A ausência de motivação, contudo, embora dificulte o controle jurisdicional, torna-o ao mesmo tempo amplo, podendo o Poder Judiciário contrastar o ato administrativo com os diversos princípios constitucionais da atividade administrativa, bem assim com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Assim, impugnado judicialmente o ato administrativo de provimento de um cargo em comissão, compete à autoridade nomeante a apresentação de motivação para a prática do ato, bem como a comprovação das alegações fáticas que o subsidiam, sob pena de invalidação do provimento.

---

<sup>77</sup> Nesse sentido tramita a Proposta de Emenda à Constituição nº 334-A, com as emendas posteriores. Disponível em <[http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=14712](http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=14712)>. Acesso em 04.07.2010.

A ofensa aos princípios constitucionais, quando do provimento de cargos em comissão, deve ser analisada sob uma perspectiva puramente objetiva, independentemente do *animus* do administrador. Assim, por exemplo, a nomeação, pelo Prefeito, de um aliado político para o exercício de um cargo em comissão qualquer, para o qual não tem qualificação técnica suficiente, é suscetível de invalidação judicial independentemente da intenção da autoridade nomeante. O elemento subjetivo será importante para a configuração de ato de improbidade administrativa ou para a responsabilização criminal, mas a invalidação por ofensa aos princípios constitucionais decorre do ato em si mesmo considerado.

### **3.2 Provimento em Comissão e Parentesco**

Os vínculos de parentesco sempre estiveram presentes na nomeação em comissão. A assimilação entre parentesco e confiança, ao tempo em que significava justificativa cômoda para a consagração de laços familiares, propiciava a captura do Estado por interesses pontuais.

Para a leitura republicana da relação de confiança, entretanto, há de se ter horizontes mais amplos. Não se pode confundir confiança com fidelidade. As relações de parentesco, ao ensejarem o preenchimento de um cargo em comissão, trazem consigo muito mais a marca da fidelidade ao nomeante do que propriamente a da confiança. Esta deve decorrer, ao contrário, da profissionalização e competência do pretendente ao cargo, a inspirar na autoridade encarregada da nomeação a necessária segurança de que a atuação do nomeado será pautada pelo interesse público, o que indica não ser recomendável permitir-se a inclusão, no universo dos elegíveis ao cargo, de pessoas vinculadas àquele por vínculos sanguíneos ou de afinidade.

Assim, a nomeação para o cargo em comissão pressupõe cumulativamente a existência de vínculo de confiança e a idoneidade moral do pretendente, ao passo que a exoneração pode ocorrer *ad nutum*, salvo se for declinado o motivo, ao qual fica vinculado o ato exoneratório. Correta, portanto, a posição do Supremo Tribunal Federal ao considerar inconstitucionais normas estaduais que, ao estabelecer o pagamento de indenização aos seus

ocupantes, restringiram a liberdade de exoneração dos cargos em comissão<sup>78</sup>. Isso porque a via de entrada no Serviço Público há de ser mais estreita que a de saída: a exoneração pode ser *ad nutum*; a nomeação, não.

A justificativa para a vedação do nepotismo pode ser estendida para outros casos em que, apesar de ausente a relação de parentesco, resta potencialmente ameaçado o interesse público em função de interesses outros. Isso ocorre porque os vínculos fiduciários não podem jamais justificar a ofensa a princípios constitucionais, ainda que não necessariamente decorrente de laços de parentesco.

O Supremo Tribunal Federal já possuía precedentes julgando válidas normas infraconstitucionais que vedavam o nepotismo<sup>79</sup>. Mesmo na ausência de normas regulamentadoras, entendeu que a nomeação de parentes causa ofensa ao princípio da moralidade administrativa<sup>80</sup>. Tentativas recentes de combate ao nepotismo culminaram na edição da Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal, para quem 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 ou indireta em quaisquer dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

O enunciado traça um parâmetro objetivo para a vedação, independentemente de qualquer elemento subjetivo. O parentesco, em si, é considerado como impeditivo da nomeação

<sup>78</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI 182, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/1997, DJ 05-12-1997 PP-63902 EMENT VOL-01894-01 PP-00008. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010; Supremo Tribunal Federal, ADI 326, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/1994, DJ 19-09-1997 PP-45526 EMENT VOL-01883-01 PP-00058. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

<sup>79</sup> Supremo Tribunal Federal, RE 183952, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 19/03/2002, DJ 24-05-2002 PP-00069 EMENT VOL-02070-03 PP-00541. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010; Supremo Tribunal Federal, ADI 1521 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/03/1997, DJ 17-03-2000 PP-00002 EMENT VOL-01983-01 PP-00105 RTJ VOL-00173-02 PP-00424. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

<sup>80</sup> Supremo Tribunal Federal, MS 23780, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 28/09/2005, DJ 03-03-2006 PP-00071 EMENT VOL-02223-01 PP-00109 RB v. 18, n. 509, 2006, p. 21-22 LEXSTF v. 28, n. 327, 2006, p. 145-152 RT v. 95, n. 848, 2006, p. 145-147. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.; Supremo Tribunal Federal, ADC 12, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-01 PP-00001 RT v. 99, n. 893, 2010, p. 133-149. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

em comissão, cujo universo de eleição é reduzido em razão de princípios constitucionais, por gerar a “presunção de dano à sociedade com um todo”<sup>81</sup>. Não cabem sequer considerações de cunho meritocrático; o parentesco, por si só, é obstáculo à nomeação em comissão.

A necessidade de legitimação das instituições estatais há de ser uma exigência constante derivada do princípio republicano. A interpretação dada ao tema pelo Supremo Tribunal Federal faz prevalecer a necessidade de legitimação social das instituições estatais, mediante vedação absoluta da nomeação de familiares. Logo, entre o risco de vedar a nomeação de pessoas capacitadas à comissão - consequência natural da vedação *tout court* - e o risco de alimentar suspeitas sobre a atuação estatal, reforçando a crença no Estado como *locus* de privilégios, o Tribunal decidiu por aquele.

No julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF, ajuizada em face da Resolução nº 07/2005 do Conselho Nacional de Justiça, ficou consignado que condicionamentos impostos por normas infralegais não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão, em especial quando tais restrições são as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade<sup>82</sup>. Entendeu a Corte que o ato regulamentar limitar-se-ia a explicitar o que já existe no texto constitucional.

As tentativas de resistência ao cumprimento da Súmula Vinculante nº 13, mediante adoção de interpretações flexíveis do enunciado, são reflexos da histórica cultura patrimonialista brasileira, refratária à abolição de privilégio, como já demonstrado por ocasião da análise da evolução das formas de ingresso no Serviço Público, em que filigranas hermenêuticas procuravam justificar a afronta às normas proibitivas. A importância da edição da Súmula Vinculante nº 13 reside na obstrução de uma das principais vias históricas de perturbação da atividade administrativa. Não tardaram, porém, as tentativas de subtração à eficácia da Súmula, especialmente mediante formulação de distinções arbitrárias e casuísticas.

---

<sup>81</sup> Supremo Tribunal Federal, RE 579951, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 EMENT VOL-02338-10 PP-01876. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

<sup>82</sup> Supremo Tribunal Federal, ADC 12, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-01 PP-00001 RT v. 99, n. 893, 2010, p. 133-149. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

Inobstante a Súmula, permanece largo o campo de atuação dos interesses familiares na atividade administrativa, não só em razão de dificuldades para a comprovação de alguns requisitos contidos no enunciado (ex.: a união estável), mas também na possibilidade de burlas à vedação, em especial no caso de nepotismo cruzado. O próprio Supremo Tribunal Federal, já após a edição da Súmula, flexibilizou o entendimento nela consagrado, para excluir da vedação a nomeação para os cargos de secretários estaduais, por possuírem natureza política<sup>83</sup>, em raciocínio que pode ser logicamente estendido aos cargos de ministros e de secretários municipais. Para além do paradoxal revés conservador, o entendimento veiculado no precedente citado abre brecha larga para a criação indiscriminada de cargos de ministros e de secretários estaduais e municipais, o que há de ser analisado com o recurso à razoabilidade. Isso porque a exclusão de tais cargos do âmbito de incidência da Súmula gera um outro questionamento: seria possível criar arbitrariamente cargos de ministros e secretários? Se a resposta for positiva, estarão abertas as portas para o comissionamento desenfreado; se, ao revés, negativa, qual o critério a ser adotado para a higidez jurídica da criação de cargos de ministros e secretário? A questão, mais que uma provocação, é um convite à reflexão, cujo desenvolvimento, todavia, transborda dos objetivos do presente trabalho. Independentemente disso, a Súmula Vinculante nº 13 é certamente um avanço rumo à profissionalização do Serviço Público no Brasil, desde que se evite a consagração judicial de válvulas de escape tão insistentemente presentes na cultura jurídica nacional.

### **3.3 Provimento em Comissão e Idoneidade**

Administrar significa gerir interesses alheios. A separação entre a *res publica* e o interesse privado é condição essencial para uma concepção republicana de Serviço Público, o que torna necessária a aferição da idoneidade do pretendente ao cargo público, seja de que natureza for.

---

<sup>83</sup> Supremo Tribunal Federal, Rcl 6650 MC-AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2008, DJe-222 DIVULG 20-11-2008 PUBLIC 21-11-2008 EMENT VOL-02342-02 PP-00277. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

No caso de ingresso mediante concurso exige-se a comprovação da idoneidade como condição prévia à posse, seja mediante apresentação de certidões de antecedentes cíveis e criminais, realização de investigações sociais ou apresentação de atestados de idoneidade.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o mero indiciamento em inquérito policial<sup>84</sup> ou a condenação criminal transitada em julgado<sup>85</sup>, obstam a posse no cargo público, desde que haja previsão em edital ou na legislação específica. Nem mesmo a absolvição criminal posterior vincula a esfera administrativa, salvo se reconhecer a inexistência do fato ou excluir a sua autoria<sup>86</sup>. O reconhecimento posterior da atipicidade da conduta também não torna inválida a negativa de nomeação com base na consideração da reprovabilidade social da conduta praticada, *in casu* a prática da chamada cola eletrônica<sup>87</sup>. Em datas mais recentes, porém, entendeu que a mera existência de ação penal não enseja a exclusão de candidato a cargo público.<sup>88</sup>

Decidiu ainda que a investigação social, em concurso público, não se resume a analisar a vida pregressa do candidato quanto às infrações penais que porventura tenha praticado, visando avaliar também sua conduta moral e social no decorrer de sua vida, independentemente da ocorrência da prescrição criminal<sup>89</sup>. Em outros casos, todavia, entendeu que a prescrição criminal impede o reconhecimento de inidoneidade<sup>90</sup>.

---

<sup>84</sup> Superior Tribunal de Justiça, RMS 15.260/TO, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 25/11/2003, DJ 08/03/2004 p. 279 (crime contra a ordem tributária). Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 29.06.2010.

<sup>85</sup> Superior Tribunal de Justiça, RMS 16.884/SE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/2004, DJ 14/02/2005 p. 217. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 29.06.2010; Superior Tribunal de Justiça, RMS 17.459/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 04/11/2004, DJ 13/12/2004 p. 383 (crime de peculato). Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 29.06.2010; Superior Tribunal de Justiça, RMS 6.734/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/1997, DJ 02/02/1998 p. 132 (crime contra o patrimônio). Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 29.06.2010.

<sup>86</sup> Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 750.666/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2007, DJ 19/03/2007 p. 386 (crime contra a ordem tributária). Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 29.06.2010.

<sup>87</sup> Superior Tribunal de Justiça, RMS 5.559/PR, Rel. Ministro ASSIS TOLEDO, QUINTA TURMA, julgado em 08/04/1996, DJ 27/05/1996 p. 17882. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 29.06.2010.

<sup>88</sup> Superior Tribunal de Justiça, RMS 13546/MA, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 30/11/2009. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 29.06.2010.

<sup>89</sup> Superior Tribunal de Justiça, RMS 22.980/MS, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 28/08/2008, DJe 15/09/2008 (apropriação indébita). Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 29.06.2010.

<sup>90</sup> Superior Tribunal de Justiça, REsp 780.032/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2007, DJ 06/08/2007 p. 640. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 29.06.2010; Superior Tribunal de Justiça, REsp 414.933/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2006, DJ 01/08/2006 p. 510. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 29.06.2010; Superior Tribunal de Justiça, AgRg no Ag 463.978/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA

Em data recente, porém, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela necessidade de trânsito em julgado de ação criminal para justificar a exclusão de candidato a cargo público, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência<sup>91</sup>, bem como pela desconsideração de fatos antigos, a serem analisados à luz do princípio da razoabilidade<sup>92</sup>. Entendeu-se que a discricionariedade do administrador pode ser contrastada com o princípio da razoabilidade, para perquirir os motivos da prática de atos considerados ofensivos a direitos dos candidatos – razoabilidade como adequação entre meios e fins<sup>93</sup>. A só existência de transação penal não é suficiente para impossibilitar o acesso ao cargo público, muito embora não fique obstada a apuração administrativa do fato subjacente<sup>94</sup>, conquanto a mera “má-fama” não constitua empecilho para o acesso ao cargo público<sup>95</sup>, da mesma forma ocorrendo com a aplicação de medida sócio-educativa em razão da prática de ato infracional<sup>96</sup>.

Já após a Constituição de 1988 as duas Turmas do Supremo Tribunal Federal têm entendimento de que, por implicar ofensa ao princípio da presunção de inocência, a exclusão de candidato a cargo público somente se justificaria em face da existência de sentença criminal transitada em julgado<sup>97</sup>. A Primeira Turma, contudo, ratificou em mais de uma oportunidade a

---

TURMA, julgado em 10/06/2003, DJ 04/08/2003 p. 370. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 29.06.2010.

<sup>91</sup> Superior Tribunal de Justiça, REsp 1143717/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 17/05/2010. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 29.06.2010; Superior Tribunal de Justiça, AgRg no RMS 24.279/RO, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 17/05/2010. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 29.06.2010; Superior Tribunal de Justiça, REsp 795.174/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 01/03/2010. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 29.06.2010.

<sup>92</sup> Superior Tribunal de Justiça, REsp 817.540/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 19/10/2009. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 29.06.2010.

<sup>93</sup> Sobre a aplicação do princípio da razoabilidade na jurisprudência comparada, v. MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2ª ed. São Paulo: Dialética 2004, p. 81-105. Também SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 800-819. Para uma visão das diversas manifestações do princípio da razoabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. MORAES, *op. cit.*, p. 134-147, e SAMPAIO, *op. cit.*, p. 819-828. V. também SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. *O Retorno às Tradições: a razoabilidade como parâmetro constitucional*. In: SAMPAIO (coordenador). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 45-102.

<sup>94</sup> Superior Tribunal de Justiça, RMS 28.851/AC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 29/04/2009, DJe 25/05/2009. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 29.06.2010.

<sup>95</sup> Superior Tribunal de Justiça, EDcl no RMS 18.613/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2005, DJ 06/02/2006 p. 289. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 29.06.2010.

<sup>96</sup> Superior Tribunal de Justiça, RMS 18.613/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2005, DJ 07/11/2005 p. 312. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 29.06.2010.

<sup>97</sup> Supremo Tribunal Federal, AI 741101 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 28/04/2009, DJe-099 DIVULG 28-05-2009 PUBLIC 29-05-2009 EMENT VOL-02362-12 PP-02281. Disponível

exclusão de candidatos considerados inidôneos para o Serviço Público em sede de investigação social<sup>98</sup>, a indicar à primeira vista que o Tribunal ainda estaria vacilante quanto à extensão da presunção de inocência à disciplina dos concursos públicos, o que poderia indicar uma mudança de entendimento (*prospective overruling*)<sup>99</sup>. A Corte também já decidiu que a exclusão de candidato a cargo público com base em investigação secreta sobre a conduta pública e privada do pretendente, sem que lhes fossem apresentados os motivos, viola o princípio da inafastabilidade da jurisdição<sup>100</sup>. Decidiu ainda que a mera existência de processo criminal suspenso condicionalmente nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95 é impeditivo para o acesso mediante concurso<sup>101</sup>. Assentou-se por ocasião deste último julgamento que “o princípio da presunção de inocência passa ao largo da exigência de comportamento ilibado, sem nenhuma réstia de dúvida, para quem pretende o exercício de cargo de policial”.

A contradição na jurisprudência reside em que fatos criminosos somente impediriam o acesso ao cargo público após o trânsito em julgado, ao passo que fatos penalmente atípicos poderiam ensejar a exclusão de pretendente independentemente de pronunciamento judicial. Em outros termos: fatos penalmente irrelevantes teriam peso maior como obstáculo ao ingresso no Serviço Público do que fatos criminosos, o que subverteria a lógica de que o *minus* deve ter consequências menos gravosas que o *plus*.

---

em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010; Supremo Tribunal Federal, RE 559135 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 20/05/2008, DJe-107 DIVULG 12-06-2008 PUBLIC 13-06-2008 EMENT VOL-02323-06 PP-01131. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010; Supremo Tribunal Federal, RE 194872, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 07/11/2000, DJ 02-02-2001 PP-00141 EMENT VOL-02017-04 PP-00731. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

<sup>98</sup> Supremo Tribunal Federal, RE 233303, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 27/05/2008, DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008 EMENT VOL-02326-05 PP-01020 RTJ VOL-00206-03 PP-01130. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010; Supremo Tribunal Federal, RE 577596 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 16/12/2008, DJe-030 DIVULG 12-02-2009 PUBLIC 13-02-2009 EMENT VOL-02348-05 PP-01000. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010; Supremo Tribunal Federal, AI 679541 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 16/12/2008, DJe-035 DIVULG 19-02-2009 PUBLIC 20-02-2009 EMENT VOL-02349-11 PP-02345. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

<sup>99</sup> Sobre as sentenças de aviso (*prospective overruling*), v. SAMPAIO. José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 222.

<sup>100</sup> Supremo Tribunal Federal, RE 125556, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 27/03/1992, DJ 15-05-1992 PP-06786 EMENT VOL-01661-03 PP-00509 RTJ VOL-00141-01 PP-00299. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

<sup>101</sup> Supremo Tribunal Federal, RE 568030, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 02/09/2008, DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 EMENT VOL-02338-09 PP-01737 (uso de documento falso). Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

Tal contradição, entretanto, torna-se apenas aparente caso se atente ao fato de que as decisões citadas ocorreram em sede de controle de constitucionalidade *in concreto*, vinculado o Tribunal ao princípio recursal *tantum devolutum quantum appellatum*, de modo que se limitou à análise das teses jurídicas que lhes foram apresentadas. Assim, ao mesmo tempo em que firmou entendimento de que o trânsito em julgado de sentença condenatória criminal é inafastável para a exclusão de candidato a cargo público, por respeito ao princípio da presunção de inocência, o Supremo Tribunal Federal julgou válida a exclusão de candidatos com base em investigação social, sendo possível a conciliação entre os entendimentos aparentemente confrontantes, para traçar a seguinte diretriz: a condenação criminal somente impede a assunção de cargo público caso haja o trânsito em julgado, o que não subtrai à Administração Pública a possibilidade de, em sede de investigação social, tomar em consideração fatos desabonadores da conduta do aspirante ao cargo - ainda que não configurem necessariamente um delito ou independentemente mesmo do resultado de eventual persecução criminal – para excluí-lo do certame, desde que apresente motivação suficiente e acessível ao candidato.

É possível ir mais além: ora, se a consideração da idoneidade do candidato, em sede de concurso público, impede-o de ter acesso aos cargos públicos, com mais razão há de impedir o acesso aos postos de direção, chefia e assessoramento, sob pena de se exigir requisitos menos rigorosos exatamente para as funções mais importantes, o que não é razoável. A excepcionalidade dos cargos em comissão restringe-se apenas à forma de provimento - mediante livre nomeação e exoneração -, o que não justifica a dispensa de condições que devem ser atendidas pelos servidores admitidos mediante concurso público. A excepcionalidade da forma de provimento dos cargos em comissão não acarreta condição privilegiada em face dos servidores ocupantes de cargos efetivos; de todos há de se exigir os mesmos requisitos para ingresso no Serviço Público, à exceção, naturalmente, da aprovação em concurso público para os comissionados.

É criticável a extensão dada pelo Supremo Tribunal Federal ao princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII) para o controle de atos que não se revestem de natureza penal *stricto sensu*. Além de implicar em elasticidade hermenêutica não abrangida pelo texto da norma, que se refere apenas à *sentença penal condenatória*, a Corte acaba por transportar para a seara não-penal restrições que somente se justificam para casos de

aplicação das mais graves sanções do ordenamento jurídicos, as sanções de natureza criminal. A presunção de inocência não pode, porém, servir de pretexto para permitir o ingresso no Serviço Público de pessoa que não tenha a necessária idoneidade para o trato com a coisa pública. Não há que se aplicar a presunção de inocência, pois não é este o seu campo de incidência traçado pela Constituição.

Para além dessa crítica, é possível identificar as seguintes hipóteses como impedimentos extensíveis ao provimento de cargos em comissão: (i) existência de condenação criminal transitada em julgado (STF: AI 741101 e RE 559135; STJ: REsp 1143717/DF); (ii) existência de fatos que, embora não constituam crime, sinalizam a inidoneidade do pretendente para o exercício da função, como o “caráter violento e desajustado socialmente” a obstar o acesso ao cargo de policial (STF: RE 577596), ou outras hipóteses semelhantes; (iii) prática de fatos que caracterizem, em tese, crimes contra a ordem tributária (STJ: RMS 15.260/TO e AgRg no REsp 750.666/PA) ou contra o patrimônio (STJ: RMS 22.980/MS), ainda que não haja a responsabilização criminal, ou independentemente desta; (iv) pendência de processo suspenso nos termos da Lei nº 9.099/95 (STF: RE 568030); (v) prática de fatos que, embora penalmente atípicos, excluem o reconhecimento de “boa conduta” (STJ: RMS 5.559/PR).

Em termos mais gerais pode-se dizer que é irrelevante a natureza do delito reconhecido por sentença transitada em julgado para impedir o provimento em comissão, ao passo que os fatos que não sejam objeto de apuração criminal ou em que esta, embora existente, ainda não teve uma decisão definitiva, somente podem inviabilizar o acesso aos cargos públicos caso haja relação de pertinência com as funções a serem futuramente exercidas.

Assim, a prática de fatos que caracterizem, em tese, crime contra a Administração Pública, impede o comissionamento, ainda que não tenha sido deflagrada a instância criminal ou independentemente do resultado desta, salvo se houver o reconhecimento judicial da inexistência do fato ou a exclusão da autoria delitiva. O raciocínio pode ser estendido para outros tipos de crimes, como, *verbi gratia*, a sonegação fiscal, a lavagem de ativos, fraudes diversas, crimes contra o patrimônio etc., desde que a falta ética possa vir a influenciar no exercício da atividade pública.

A mesma justificativa pode ser aplicada aos atos de improbidade administrativa: tanto a condenação por ato de improbidade quanto a existência de fatos que, em tese, podem-na

configurar, são suficientes para impedir o ingresso no cargo em comissão. Isso não apenas porque a condenação implica suspensão dos direitos políticos, mas em razão de ser possível extrair, dos fatos subjacentes, potencial inidoneidade do aspirante ao cargo.

O impedimento de acesso ao serviço público em razão de fatos que indiquem inaptidão para o cargo independe da edição de lei formal, pois o óbice ao provimento dos cargos em comissão decorre não apenas de parâmetros estritamente jurídicos (por exemplo, a necessidade de trânsito em julgado da sentença penal condenatória), mas também de exigências éticas (idoneidade para o exercício da função) extraíveis diretamente dos princípios constitucionais.

### **3.4 Provimento em Comissão e Qualificação Técnica**

A exigência de que os cargos públicos sejam ocupados por servidores a tanto qualificados é decorrência natural da necessidade de profissionalização do exercício de cargos públicos. A implantação de uma burocracia profissional nos moldes weberianos reclama a qualificação dos servidores públicos, ainda mais quando o aumento das funções estatais leva a Administração Pública a nichos específicos de atuação, que exigem conhecimentos cada vez mais especializados.

Assim, o servidor deve ser compatível com o cargo público, e não o inverso. Não é o cargo que, previsto para ser provido em comissão, amolda-se a qualquer pessoa nomeada servidor. É justamente o inverso: é o pretendente que, ostentando condições morais e técnicas, pode-se tornar servidor por intermédio da livre nomeação. O provimento em comissão não objetiva propiciar que a autoridade competente para a nomeação escolha o ocupante que lhe aprouver; objetiva, sim, propiciar o aumento do universo de possíveis pretendentes ao cargo, para, ao abranger inclusive aqueles que não tenham vínculo anterior com o Serviço Público, possibilitar uma escolha que melhor atenda ao interesse público. O preenchimento de um cargo público qualquer somente deve ocorrer quando o interesse público restar satisfeito, o que pressupõe uma aferição da qualidade técnica do seu ocupante.

A aferição do mérito do servidor público é exigência inafastável. As formas de aferição, entretanto, podem ser diversas. Logo, enquanto o mérito dos servidores de carreira é aferido mediante concurso público para ingresso e avaliações periódicas de desempenho, o mérito dos servidores comissionados há de ser aferível, à falta de previsão em sentido diverso, pelo Poder Judiciário.

É razoável crer-se, pois, que tanto a nomeação de um médico para a direção de uma empresa estatal que atue no setor energético quanto a de um engenheiro para a chefia de um departamento médico em uma determinada repartição acarretam igualmente prejuízos ao interesse público, em especial quando os nomeados não comprovem possuir conhecimentos essenciais para o correto exercício do mister.

O provimento dos cargos efetivos pressupõe uma qualificação técnica rigorosamente aferida mediante concurso público. *A fortiori* é de se reconhecer necessária a qualificação àqueles que desempenharão as atividades de direção, chefia e assessoramento, pois não se pode pretender a profissionalização e eficiência do Serviço Público quando os postos-chaves sejam providos sem observância dessas exigências mínimas. É natural que dos ocupantes dos postos mais importantes da Administração Pública sejam exigidas condições especiais, ou, no mínimo, iguais àquelas exigidas dos demais servidores públicos aprovados em concurso.

Em razão desse pressuposto inicial é possível sustentar que o preenchimento dos cargos em comissão deve recair sobre pessoas que detenham qualificação técnica ou profissional mínima para o bom desempenho na função.

O universo dos pretendentes elegíveis ao cargo deve, assim, ser reduzido àqueles que possuam aptidão profissional, o que implica em limitação da discricionariedade no provimento dos cargos em comissão, cujo provimento, reafirme-se, conquanto livre, não há de ser arbitrário. Esse parece ser o entendimento de Diógenes Gasparini (1993, pp. 54-55) ao dissertar sobre o dever de probidade dos agentes públicos:

Esse dever impõe ao agente público o desempenho de suas atribuições sob pautas que indicam atitudes retas, leais, justas e honestas, notas marcantes da integridade do caráter do homem. É nesse sentido do reto, do leal, do justo e do honesto que deve orientar o desempenho do cargo, função ou emprego junto ao Estado ou entidade por ele criada, sob pena de ilegitimidade de suas ações. O administrador, em obediência a essa orientação, deve buscar o melhor para a Administração Pública. Assim, entre duas opções permitidas pela lei, deve o agente público escolher a mais vantajosa, a melhor. Do mesmo modo pensam Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz (*Dispensa de licitação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, p. 92). Para esses renomados autores ‘a

probidade administrativa exige que a Administração Pública procure fazer o melhor negócio para o Erário’.

Assim, se várias pessoas têm interesse no uso privativo de um certo bem público, não pode o agente público, mesmo que a lei lhe faculte, escolher livremente uma. A escolha há, nesses casos, de ser por licitação. Entre dois ou mais candidatos a um cargo de provimento em comissão a nomeação há de incidir naquele com mais experiência, com mais títulos, com mais capacidade, se todos gozam da mesma confiança do agente competente para nomear. Esses dois exemplos elucidam casos em que haverá afronta ao dever de probidade se o agente público não se portar conforme o indicado.

No mesmo sentido é a lição de Germana Moraes (2004, p. 160), para quem os elementos do ato administrativos, inclusive os discricionários, estão sujeitos à revisão judicial à vista dos princípios constitucionais da publicidade, impessoalidade (abrangente da igualdade e imparcialidade), razoabilidade, proporcionalidade, moralidade e eficiência.

A aptidão para o exercício do cargo em comissão é exigência do princípio da eficiência, pois certamente não há de ser eficiente a direção, chefia ou assessoramento atribuídos a quem não tem preparação técnica suficiente.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que, no caso de nomeações para o cargo de Conselheiro de Tribunal de Contas estadual, há “necessidade de um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar”<sup>102</sup>. Consignou-se no acórdão que “pode uma pessoa ser distinto matemático, físico ilustre, filólogo competente, astrônomo de nomeada, botânico eminente, até teólogo respeitado e, evidentemente, não possuir o saber, relativamente especializado, para exercer com adequação e propriedade o cargo de Conselheiro”, ao final julgando procedente ação popular ajuizada em primeira instância, para anular as nomeações lesivas ao princípio da moralidade administrativa. Assentou-se que “não poderá, no exercício desse poder discricionário, o Governador eleito, para a composição do Tribunal, deixar de atender aos limites previstos na Constituição”, a significar que, “se esses aspectos básicos, quanto à qualificação dos escolhidos, não se cumpriram, as nomeações não estão em condição de subsistir”, por ofenderem a Constituição Federal. Em outra ocasião, o Supremo Tribunal Federal, embora tenha mantido as indicações feitas pelo Governador, deu a entender que é exigível a pertinência entre a qualificação profissional do nomeado e as atribuições do cargo a ser exercido<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> Supremo Tribunal Federal, RE 167137, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/1994, DJ 25-11-1994 PP-32312 EMENT VOL-01768-04 PP-00840. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

<sup>103</sup> Supremo Tribunal Federal, AO 476, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/1997, DJ 05-11-1999 PP-00003 EMENT VOL-01970-01

Não se trata, obviamente, de exigir a qualificação formal do pretendente ao cargo, mas sim a avaliação quanto à efetiva aptidão para o seu exercício. Conquanto a qualificação formal possa induzir presunção de aptidão, a ausência de títulos não pode, por si só, obstar o acesso ao cargo.

Muito embora seja árdua a avaliação da qualificação técnica do nomeado ao cargo em comissão, é possível sustentar que o comissionado deve possuir, no mínimo, as mesmas qualificações exigidas para o ingresso daqueles a quem incumbe chefiar ou dirigir, pois estas atividades pressupõem um *plus* em relação às demais. A excepcionalidade do provimento em comissão não exclui o atendimento aos requisitos exigidos dos demais servidores públicos em situação similar; excepcional é apenas a *forma* do provimento. No que se refere às atividades de assessoria, há que se possuir conhecimentos especializados na área de atuação.

O provimento de cargos em comissão somente se legitima se houver uma *relação de pertinência* entre as qualificações do nomeado e as atividades a serem desempenhadas, sempre à vista do princípio da razoabilidade. Logo, quanto maior o escalão em que se inserir o cargo, tanto maior será a necessidade de que o seu pretense ocupante possua qualificações abalizadas, tendo por parâmetro os demais servidores da carreira respectiva.

É possível recorrer-se a um *juízo de prognose*<sup>104</sup> para justificar a invalidação judicial do provimento de um cargo em comissão por pessoa que não possua qualificação técnica suficiente, pois é razoável antever-se que o escolhido não executará as suas funções com a eficiência que se espera dos agentes públicos. Segundo lição de Germana Moraes (2004, p. 175), o controle jurisdicional dos atos administrativos vai muito além da mera legalidade:

Em síntese, a extensão do controle jurisdicional da aplicação dos conceitos jurídicos verdadeiramente indeterminados ou de prognose, bem como dos conceitos que envolvem discricionariedade, alarga-se, para além do controle mínimo dos aspectos vinculados do ato administrativo, à luz do princípio da legalidade, ao controle, para o fim de invalidar o ato lesivo ou ameaçador de direito, de aspectos não vinculados desse ato, seja em decorrência dos demais princípios constitucionais da Administração Pública, de impessoalidade, moralidade e eficiência, seja por força do princípio constitucional da igualdade e ainda dos princípios gerais de Direito da proporcionalidade e da razoabilidade.

---

PP-00009 RTJ VOL-00171-01 PP-00010. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

<sup>104</sup> Germana Moraes consigna que “a prognose consubstancia-se numa previsão dos acontecimentos futuros.” MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2ª. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 174.

O princípio da eficiência traz consigo a necessidade de profissionalização do Serviço Público, do que é manifestação sintomática a introdução, simultânea à daquele, da previsão contida no artigo 39, § 2º da Constituição, que determina aos entes federativos a criação de escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos. A inspiração gerencial que culminou na inserção do princípio da eficiência no texto constitucional repudia a nomeação de alguém que não demonstre aptidões suficientes ao exercício das funções, tal como se daria similarmente na iniciativa privada.

A partir da introdução do princípio da eficiência no ordenamento jurídico, a nomeação para os cargos em comissão somente se justifica se demonstrada a aptidão técnica para o exercício da função, sendo essa justamente uma das facetas do referido princípio constitucional.

### **3.5 Provimento em Comissão e Servidores de Carreira**

A regra consagrada no inciso V do artigo 37 da Constituição da República determina a edição de lei ordinária que discipline, dentre outros assuntos, os percentuais mínimos para o provimento de cargos em comissão por servidores de carreira.

Antes, porém, de se procurar estudar o percentual referido, é necessário saber se há de existir uma proporção entre os cargos em comissão e os cargos efetivos, ou, sob outro viés, se a estruturação do Serviço Público está sujeita apenas ao critério do legislador ordinário. Trata-se, em suma, de responder à seguinte indagação: é possível que a lei disponha que todos os cargos a serem criados em um determinado ente político sejam de provimento em comissão?

A negativa se impõe de logo, ante a restrição contida no próprio inciso V, a limitar a previsão de criação de cargos em comissão apenas para as atividades de direção, chefia ou assessoramento. Surge, então, outra indagação, em objeção à resposta da anterior: é possível ao legislador criar livremente cargos de direção, chefia e assessoramento?

A resposta já foi dada por Márcio Cammarosano (1984, pp. 95-96), ainda à vista da Constituição anterior:

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

O Supremo Tribunal Federal já assentou que a criação de cargos em comissão não é arbitrária, por estar restrita às atividades de direção, chefia e assessoramento<sup>105</sup>. Em outra ocasião, a Corte invocou o princípio da proporcionalidade – especificamente na adequação dos meios aos fins – para justificar a inconstitucionalidade de lei municipal que privilegiava a criação de cargos em comissão em detrimento de cargos efetivos<sup>106</sup>, consignando no acórdão que “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”<sup>107</sup>. A Corte deu, assim, concretude ao concurso público como principal instrumento de acesso aos cargos públicos, tomando como exceção o provimento de cargos mediante livre nomeação, assentando-se que “embora não caiba ao Poder Judiciário apreciar o mérito dos atos administrativos, a análise de sua discricionariedade seria possível para a verificação de sua regularidade em relação às causas, aos motivos e à finalidade que ensejam”<sup>108</sup>. Em outro

<sup>105</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI 3706, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2007, DJe-117 DIVULG 04-10-2007 PUBLIC 05-10-2007 DJ 05-10-2007 PP-00020 EMENT VOL-02292-01 PP-00110 LEXSTF v. 29, n. 346, 2007, p. 149-159. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

<sup>106</sup> Supremo Tribunal Federal, RE 365368 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 22/05/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00049 EMENT VOL-02282-08 PP-01545 RTJ VOL-00204-01 PP-00385. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

<sup>107</sup> A Corte declarou a inconstitucionalidade de ato normativo de Câmara Municipal que criara quarenta e dois cargos comissionados de assessoramento parlamentar, enquanto só havia naquela Casa Legislativa vinte e cinco cargos efetivos: Supremo Tribunal Federal, RE 365368 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 22/05/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00049 EMENT VOL-02282-08 PP-01545 RTJ VOL-00204-01 PP-00385. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

<sup>108</sup> Supremo Tribunal Federal, RE 365368 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 22/05/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00049 EMENT VOL-02282-08 PP-01545 RTJ VOL-00204-01 PP-00385. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

juízo, a Corte declarou inconstitucional norma estadual que criou mais de 35.000 (trinta e cinco mil) cargos em comissão, por entender haver ofensa aos princípios da proporcionalidade - face à evidente desproporção entre número de cargos de provimento em comissão e os de provimento efetivo - e da moralidade administrativa, bem como ao disposto no art. 37, II e V, da CF, uma vez que uma grande parcela dos cargos não se revestia de natureza de chefia, direção ou assessoramento, de modo que deveriam ser providos mediante concurso público<sup>109</sup>.

O legislador ordinário não poderia, por vias transversas, desconsiderar o sentido da norma constitucional. Vê-se que a criação de cargos comissionados encontra limites no princípio da razoabilidade, para evitar que a criação deliberada de cargos em comissão acabe por vilipendiar a regra do concurso público. A hipótese não passou despercebida por Diógenes Gasparini (1993, pp. 208-209):

Mas, certamente, não se pode criar somente cargos em comissão, dado que outras razões existem contra essa possibilidade. Ainda mais essa criação desmedida e descabida deve ser obstada quando a intenção evidente é burlar a obrigatoriedade do concurso público para o provimento de cargos efetivos. De sorte que os cargos que não apresentam aquelas características ou alguma particularidade entre seu rol de atribuições, como seu titular privar da intimidade administrativa da autoridade nomeante (motorista, copeiro), devem ser de provimento efetivo, pois de outro modo cremos que haverá desvio de finalidade na sua criação e, por conseguinte, possibilidade de sua anulação.

A regra do concurso público tem reflexos na composição dos quadros administrativos, de modo que o número de cargos em comissão, por se tratar de exceção, não pode em hipótese alguma ser superior ao número de cargos efetivos, providos por servidores concursados. Essa é uma decorrência natural do caráter excepcional do provimento em comissão. Além disso, pode-se sustentar que, ainda que o número de cargos não exceda de cinquenta por cento, é possível haver ofensa ao princípio da razoabilidade, em especial quanto ao provimento dos cargos de direção e chefia, uma vez que estes pressupõem uma estrutura administrativa piramidal. A previsão excessiva de cargos em comissão em um determinado órgão público pode levar a uma personalização da gestão pública, indevida já que esta deve estar sujeita mais a ditames de Estado do que de governo. A proporção entre os cargos em comissão e os cargos efetivos pode trazer situações de inconstitucionalidade normativa, por ofensa aos princípios da moralidade e proporcionalidade, como anotam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2008, p. 354):

---

<sup>109</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI 4125, acórdão ainda não publicado.

Havendo nítido desequilíbrio entre o número de cargos em comissão e as atividades a serem desempenhadas, ou mesmo a superioridade em relação aos cargos de provimento efetivo, ter-se-á a inconstitucionalidade da norma que os instituiu, restando violados os princípios da proporcionalidade e da moralidade. Nessa hipótese, a norma não é adequada à consecução do interesse público; impõe um ônus aos cofres públicos sem a correspondente melhora na qualidade do serviço, o qual poderia ser realizado por um menor número de servidores com despesas inferiores para o erário; e se apresenta dissonante dos valores constitucionais, em especial da moralidade que deve reger os atos estatais, pois os cargos servirão unicamente para privilegiar os apadrinhados do responsável pela nomeação.

A observância de uma proporção razoável não elimina, porém, a possibilidade de ofensa à norma do inciso V do artigo 37 da Constituição, especialmente quanto à fixação do percentual nele referido. Trata-se de norma de eficácia limitada segundo classificação corrente, a depender de regulamentação infraconstitucional. A parte final do dispositivo, contudo, ao restringir o provimento em comissão às atividades de direção, chefia ou assessoramento, é de eficácia plena. A omissão do legislador ordinário, se por um lado reforça o fenômeno da *constitucionalização simbólica*, por outro faz importante a definição de parâmetros *de lege ferenda*, que sirvam também como orientação para o controle jurisdicional do provimento de cargos em comissão durante o período de inércia legislativa.

A lei referida no inciso V há de ser editada por cada uma das esferas federativas, em face da autonomia de governo e organização dada aos estados, Distrito Federal e municípios. Ainda que na ausência da lei, a norma do inciso V espraia sua eficácia negativa para extirpar do ordenamento jurídico atos infraconstitucionais que ofendam o princípio da razoabilidade. Especificamente quanto ao percentual reservado ao provimento de cargos em comissão por servidores de carreira, seria o caso, por exemplo, de uma norma que fixasse o patamar em cem por cento, a esvaziar o próprio sentido da diferenciação contida na norma constitucional. Para Hely Lopes Meirelles (2005, p. 416), há que se observar o princípio da razoabilidade na fixação do percentual referido no inciso V do artigo 37 da Constituição Federal:

Todavia, pela EC 19, o preenchimento de uma parcela dos *cargos em 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, os sem vínculo efetivo anterior à nomeação. A lei ali referida será de cada entidade pública, mas, especialmente na fixação dos percentuais mínimos, deverá observar o *princípio da razoabilidade*, sob pena de fraudar a determinação constitucional, no sentido de uma parte dos cargos em comissão ser provida de forma totalmente livre e outra, parcialmente, diante das limitações e condições previstas nessa lei.

Já existe alguma normatização fixando o percentual de cargos em comissão a serem providos por servidores de carreira. Exemplo disso é a Resolução nº 88/2009, do Conselho Nacional de Justiça, cujo artigo 2º, §2º reserva o mínimo de cinquenta por cento dos cargos em comissão aos servidores das carreiras judiciárias. No Poder Executivo Federal a matéria é regulamentada pelo Decreto nº 5.497/2005, fixando percentuais de no mínimo cinquenta por cento, chegando em alguns casos à reserva de setenta e cinco por cento dos cargos em comissão para servidores de carreira.

Tramita no Congresso Nacional Proposta de Emenda à Constituição nº 140/2007, de autoria do Deputado Federal Miro Teixeira, visando alteração no artigo 37, V, da Constituição Federal, para fixar teto para criação de cargos em comissão, que não poderá ser superior a vinte por cento dos cargos efetivos, sendo que cinquenta por cento serão preenchidos por servidores de carreira. À parte a possibilidade de a proposta de alteração constitucional ser tida como ofensiva ao princípio federativo, a proposição tem o mérito de procurar uniformizar o percentual e estabelecer a proporção entre o número de cargos em comissão e o número de cargos efetivos para todas as esferas políticas. Deixar livre a cada ente federativo a fixação do percentual tratado é dar margem a indesejados casuísmos, em especial nas esferas municipais, onde o assédio sobre a *res publica* é mais incisivo.

É preciso delimitar também quais seriam as funções que implicariam chefia, direção ou assessoramento. Ante a multiplicidade de hipóteses possíveis, é mais conveniente identificar os casos em que não se verificam atividades dessa natureza. Antes mesmo da existência da restrição do provimento em comissão às atividades referidas, o Supremo Tribunal Federal já havia declarado inconstitucionais normas estaduais que criaram arbitrariamente cargos em comissão de agentes de segurança judiciária, uma vez 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, erigido em pressuposto de acessibilidade aos cargos públicos”<sup>110</sup>. Ainda antes da

---

<sup>110</sup> Supremo Tribunal Federal, Rp 1400, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, TRIBUNAL PLENO, julgado em 22/10/1987, DJ 22-10-1987 PP-28272 EMENT VOL-01486-02 PP-00028. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010; Supremo Tribunal Federal, Rp 1368, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/05/1987, DJ 07-08-1987 PP-15432 EMENT VOL-01468-01 PP-00089 RTJ VOL-00122-03 PP-00928. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010; Supremo Tribunal Federal, Rp 1282, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/1985, DJ 28-02-1986 PP-02345 EMENT VOL-01409-01 PP-00027 RTJ VOL-00116-03 PP-00887. Disponível em <www.stf.jus.br>.

Constituição de 1988 o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional norma estadual que autorizava o provimento em comissão para a primeira investidura no cargo de procurador de tribunal de contas, por entender que a natureza das atribuições do cargo não justifica a exceção à regra do concurso público<sup>111</sup>.

Sob a égide da Constituição de 1988 a Corte entendeu que atividades com atribuições meramente técnicas não ensejam a criação de cargos em comissão<sup>112</sup>. Em outra assentada o Tribunal considerou que a exceção à regra do concurso público pressupõe a demonstração de que as atribuições do cargo sejam bem atendidas por meio do provimento em comissão, presente a relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado<sup>113</sup>. Entendeu ainda que o cargo de oficial de justiça não enseja o comissionamento, nem mesmo temporário, por prescindir do necessário vínculo de confiança que caracteriza o sistema de livre nomeação e exoneração<sup>114</sup>. Em outro caso, entendeu que a atividade de vigilância não enseja a comissão, por não estar abrangida pelo inciso V do art. 37 da Constituição<sup>115</sup>. Decidiu ainda que as atividades de assistência, assessoramento e consultoria ao Poder Executivo estadual não autorizam o comissionamento, uma vez que tais atividades são reservadas exclusivamente às procuradorias estaduais, cujos cargos somente podem ser providos por concurso público<sup>116</sup>. Da

---

Acesso em 30.06.2010.

<sup>111</sup> Supremo Tribunal Federal, Rp 1052, Relator(a): Min. RAFAEL MAYER, TRIBUNAL PLENO, julgado em 03/02/1982, DJ 26-03-1982 PP-02561 EMENT VOL-01247-01 PP-00012 RTJ VOL-00101-03 PP-00924. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

<sup>112</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI 3706, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2007, DJe-117 DIVULG 04-10-2007 PUBLIC 05-10-2007 DJ 05-10-2007 PP-00020 EMENT VOL-02292-01 PP-00110 LEXSTF v. 29, n. 346, 2007, p. 149-159. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

<sup>113</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI 3233, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2007, DJe-101 DIVULG 13-09-2007 PUBLIC 14-09-2007 DJ 14-09-2007 PP-00030 EMENT VOL-02289-01 PP-00091 RTJ VOL-00202-02 PP-00553. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

<sup>114</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI 1141 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, TRIBUNAL PLENO, julgado em 10/10/1994, DJ 04-11-1994 PP-29829 EMENT VOL-01765-01 PP-00169. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010; Supremo Tribunal Federal, ADI 1141, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 29/08/2002, DJ 29-08-2003 PP-00016 EMENT VOL-02121-02 PP-00252. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010; Supremo Tribunal Federal, ADI 1269 MC, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 26/05/1995, DJ 25-08-1995 PP-26022 EMENT VOL-01797-02 PP-00286. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

<sup>115</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI 3233, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2007, DJe-101 DIVULG 13-09-2007 PUBLIC 14-09-2007 DJ 14-09-2007 PP-00030 EMENT VOL-02289-01 PP-00091 RTJ VOL-00202-02 PP-00553. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

<sup>116</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI 881 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/1993, DJ 25-04-1997 PP-15197 EMENT VOL-01866-02 PP-00238. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

mesma forma, entendeu inconstitucional a criação de cargos comissionados de “Suplentes de Delegados”, por ofensa ao artigo 144, § 4º da Constituição<sup>117</sup>. Neste último julgamento citado a Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha pontuou que “o provimento comissionado previsto na Constituição é uma chave para melhorar a administração, não uma gazua que pode abrir qualquer porta”. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4125, a Corte, fazendo referência ao princípio da proporcionalidade, em sua vertente de adequação entre meios e fins, entendeu que as atividades como as de motorista, segurança, auxiliar de serviços, auxiliar de enfermagem, recepcionista ou auxiliar operacional igualmente não autorizariam o comissionamento, pois se tratam de funções meramente técnicas que prescindem da existência de vínculo de confiança pessoal a justificar o comissionamento qualificado para os cargos criados<sup>118</sup>.

Embora tanto a definição da proporção entre cargos comissionados e cargos efetivos em um determinado órgão público como o estabelecimento do percentual de cargos em comissão que devam ser preenchidos por servidores de carreira sejam questões mais propriamente afetas à Ciência da Administração, é possível ao jurista identificar, com o auxílio do princípio da proporcionalidade, aquelas situações em que haja flagrante desrespeito à regra do concurso público em razão de a situação concreta indicar que a exceção comissionada tomou indevidamente o lugar da regra.

Com efeito, é preciso superar a concepção arraigada de que os cargos comissionados são simplesmente aqueles que a lei declara como tais. Um conceito em tal sentido não sobrevive minimamente ao contraste com a Constituição Federal de 1988, em especial quanto aos aspectos que estão além da mera legalidade. Pode-se dizer, assim, que a criação de um cargo de direção, chefia ou assessoramento, para fins de provimento em comissão, além da necessária previsão em lei, exige que não se destine ao exercício de atribuições meramente técnicas, bem como que esteja presente relação de confiança especial a justificar a excepcionalidade do provimento, observada, ainda, a proporcionalidade entre os cargos em comissão e os cargos efetivos dentro de cada órgão administrativo. Conquanto as atividades de assessoramento tenham caráter eminentemente técnico, o comissionamento somente será possível

---

<sup>117</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI 2427, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2006, DJ 10-11-2006 PP-00048 EMENT VOL-02255-01 PP-00199 RTJ VOL-00202-02 PP-00510 LEXSTF v. 29, n. 337, 2007, p. 64-73. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

<sup>118</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI 4125, acórdão ainda não publicado.

*in casu* se houver a exigência de confiança para o exercício da função. Por serem múltiplas as possibilidades, ganha relevo o princípio da razoabilidade como ferramenta para o crivo jurisdicional do provimento. *A priori*, contudo, é possível afirmar que os cargos de provimento em comissão, além de estarem restritos às atividades de direção, chefia ou assessoramento, somente se destinam àquelas atividades em que a direção, a chefia ou o assessoramento exijam um *relação especial de confiança* entre o nomeante e o nomeado.

#### 4 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE CONTROLE JURISDICIONAL

O controle jurisdicional do provimento de cargos em comissão pode se dar por intermédio de diversos instrumentos processuais, seja em abstrato, seja em concreto. É possível ainda o controle do provimento por outros meios não-jurisdicionais, como são a representação aos tribunais de contas e ao Ministério Público, o pedido de providências ao Conselho Nacional do Ministério Público e ao Conselho Nacional de Justiça, a comunicação aos órgãos de controle interno - como, por exemplo, a Controladoria-Geral da União, no âmbito federal -, a celebração de termos de ajustamento de conduta com previsão no artigo 5º, § 6º da Lei nº 7.347/85, entre outros. Em razão da delimitação do tema tratado no presente texto, interessa-nos a menção aos instrumentos próprios ao controle jurisdicional do provimento dos cargos em comissão.

Em sede de controle concentrado de constitucionalidade em abstrato da legislação federal e estadual, é possível a utilização da ação direta de inconstitucionalidade com o objetivo de ver reconhecida a inconstitucionalidade de normas que criem cargos em comissão relativos a funções outras que não as de direção, chefia ou assessoramento, tendo por paradigma para o controle de constitucionalidade o inciso V do artigo 37 da Constituição Federal. Em se tratando de normas infraconstitucionais que consagrem evidente desproporção entre o número de cargos em comissão e a quantidade de cargos efetivos, o paradigma a ser adotado será a regra do concurso público contida no artigo 37, II. Para os mesmos fins também será possível a ação declaratória de constitucionalidade, em face de seu caráter dúplice.

Outro instrumento importantíssimo para o controle concentrado da constitucionalidade do provimento de cargos em comissão é a ação direta de inconstitucionalidade junto aos tribunais de justiça estaduais, isso em razão de que é nos municípios que se verificam os maiores vícios no exercício da discricionariedade por parte da autoridade nomeante, com a criação de cargos comissionados para o exercício de diversas funções que não se referem às atividades de direção, chefia ou assessoramento. O controle de constitucionalidade concentrado de leis municipais pela Justiça Estadual, tendo por paradigma o inciso V do art. 37 da Constituição Federal, independe da repetição da previsão na Constituição Estadual, uma vez que, embora seja “pacífica a jurisprudência do STF, antes e depois de 1988, no

sentido de que não cabe a tribunais de justiça estaduais exercer o controle de constitucionalidade de leis e demais atos normativos municipais em face da CF<sup>119</sup>, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “a omissão da Constituição Estadual não constitui óbice a que o Tribunal de Justiça local julgue a ação direta de inconstitucionalidade contra lei municipal que cria cargos em comissão em confronto com o art. 37, V, da Constituição do Brasil, norma de reprodução obrigatória”<sup>120</sup>. Por se tratar de norma de repetição obrigatória, o controle direto de constitucionalidade da criação de cargos em comissão com inobservância do disposto no artigo 37, V, da Constituição Federal é extensível inclusive às leis municipais, sendo que, caso o controle se dê junto aos tribunais estaduais, é possível o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal<sup>121</sup>.

Outra possibilidade é o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade omissiva ou, com maior eficácia, de mandado de injunção coletivo para suprir a omissão normativa na regulamentação do inciso V do artigo 37 da Constituição Federal, de modo a estabelecer-se para cada caso concreto o percentual de cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira. A virada jurisprudencial realizada pelo Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do mandado de injunção versando sobre o direito de greve dos servidores públicos<sup>122</sup> possibilita a concretização do direito obstado pela inércia legislativa, de modo a tornar possível também pela via injuntiva a fixação do percentual mencionado no referido dispositivo constitucional até que venha a regulamentação pertinente.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4125, o Supremo Tribunal Federal deu a entender que a análise da compatibilidade das atribuições dos cargos

---

<sup>119</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI 347, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2006, DJ 20-10-2006 PP-00048 EMENT VOL-02252-01 PP-00008 RTJ VOL-00200-02 PP-00636 LEXSTF v. 28, n. 336, 2006, p. 12-16 RT v. 96, n. 856, 2007, p. 95-97. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010; Supremo Tribunal Federal, RE 421256, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 26/09/2006, DJ 24-11-2006 PP-00076 EMENT VOL-02257-07 PP-01268 LEXSTF v. 29, n. 338, 2007, p. 255-267. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

<sup>120</sup> Supremo Tribunal Federal, RE 598016 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 20/10/2009, DJe-213 DIVULG 12-11-2009 PUBLIC 13-11-2009 EMENT VOL-02382-07 PP-01293. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

<sup>121</sup> Supremo Tribunal Federal, Rcl 596 AgR, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 30/05/1996, DJ 14-11-1996 PP-44487 EMENT VOL-01850-01 PP-00037. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

<sup>122</sup> Supremo Tribunal Federal, MI 712, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 30.06.2010.

comissionados com as atividades de direção, chefia e assessoramento desborda dos limites do controle abstrato de constitucionalidade, salvo se, pela nomenclatura dos cargos seja possível concluir-se a ausência de tais funções específicas. Assim, ganham importância os instrumentos processuais de controle *in concreto* da constitucionalidade dos atos de criação e provimento de cargos em comissão, em especial a ação civil pública prevista na Lei nº 7.347/85 e a ação popular prevista na Lei nº 4.717/65, não apenas para averiguação da natureza das funções efetivamente exercidas, mas também para todos os demais casos em que se faça necessária a produção probatória, como naqueles em que o provimento comissionado deixe de observar as exigências de qualificação técnica e idoneidade do ocupante.

Especificamente para aqueles casos em que haja preterição de candidato aprovado em concurso público, em razão da criação de cargos em comissão com as mesmas atribuições do cargo efetivo vago, é possível a utilização de ação ordinária e/ou cautelar, para fazer reconhecer a ofensa à regra do concurso público.

Finalmente, em relação aos casos de nomeação de parentes próximos para o exercício de cargos em comissão, tendo em conta a existência da Súmula Vinculante nº 13, é possível o direto ajuizamento da reclamação constitucional ao Supremo Tribunal Federal com fundamento no artigo 7º da Lei nº 11.417/2006. Cabível, ainda, a ação civil pública e a ação popular. Em princípio não é cabível o controle abstrato de tais nomeações, uma vez que se tratam de atos de efeitos concretos.

O alargamento das vias de acesso à jurisdição ainda tem muito a contribuir para o controle jurisdicional e social do provimento de cargos em comissão. Diversamente do que ocorre em outras searas jurídicas - como, por exemplo, na área ambiental, em que a judicialização é uma constante - os atores jurídicos ainda não se aperceberam das potencialidades da provocação jurisdicional para a invalidação de atos administrativos de provimento em cargos públicos comissionados. Contudo, é preciso que a judicialização do provimento em comissão seja entendida apenas como uma solução puramente emergencial e tópica, em face das próprias limitações jurídicas e do caráter contramajoritário do controle jurisdicional de constitucionalidade. Colocar nas mãos do Poder Judiciário a responsabilidade pela eliminação de todos os vícios de discricionariedade do provimento de cargos em comissão, além de implicar deslocamento do foco da discussão e alimentar o descompromisso das autoridades

administrativas com as consequências jurídicas de suas nomeações, ocasiona ainda um excessivo desgaste social à instituição, que passa a ser vista indevidamente como algoz de servidores públicos, como se a invalidação do provimento inconstitucional fosse uma dentre as opções políticas deferidas aos juízes e tribunais, e não uma consequência necessária e inexorável do vício de origem. A solução sistêmica somente poderá ser obtida mediante a conscientização política dos cidadãos e a consequente repulsa social ao *provimento patológico* dos cargos em comissão em diversas frentes, uma delas, mas não a única, a jurisdicional.

## 5 CONCLUSÕES

A efetivação dos direitos constitucionais fundamentais pressupõe a existência de instituições estatais encarregadas de torná-los materialmente possíveis. Dentre as instituições estatais encarregadas da promoção do bem comum destaca-se o Serviço Público, donde a necessidade de atenção às formas de recrutamento dos servidores públicos.

O Serviço Público pode ser entendido como uma garantia institucional, pois a efetividade dos direitos fundamentais depende, muitas vezes, da prestação de um serviço público estatal. A função precípua da garantia institucional é proteger determinadas instituições contra a ação erosiva do legislador ou do administrador.

O sistema de livre nomeação e exoneração para o preenchimento de cargos públicos vem servindo historicamente como porta de entrada de interesses particulares no Estado, permitindo a apropriação da coisa pública e a sua utilização como se privada fosse.

A previsão do amplo acesso ao Serviço Público mediante concurso público vem ao encontro das necessidades de aperfeiçoamento das instituições, não apenas por homenagear o sistema meritocrático, mas por diminuir substancialmente a influência de interesses particulares na condução da *res publica*, possibilitando a profissionalização do Serviço Público e sua caracterização como instituição de Estado e não de governo.

As nomeações para os cargos em comissão, por serem exceções à regra do concurso público, devem ser interpretadas restritivamente e com inspiração no princípio republicano, para impedir o vilipêndio aos princípios constitucionais da administração pública.

A previsão da realização de concurso público nas recentes constituições brasileiras não impediu a continuidade das práticas patrimonialistas enraizadas na cultura política nacional, a demonstrar que o problema não é a anomia, mas a baixa efetividade normativa evidenciada no fenômeno de legitimação, pela ordem constitucional subsequente, de atos de provimentos em cargos públicos inconstitucionais na origem, denotando uma ideologia conciliatória entre os fatores de poder. As restrições ao ingresso vêm sempre consagradas nas nossas diversas Constituições republicanas, muito embora a efetividade prática de tais medidas venha sendo

constantemente minada pela utilização de firulas jurídicas decorrentes de uma cultura bacharelesca.

O sistema de livre nomeação e exoneração para o provimento de cargos em comissão há de ser reanalisado à vista do princípio republicano e da histórica cultura patrimonialista brasileira, de maneira a impedir o ingresso no Serviço Público de pessoas que não tenham efetivo compromisso com a *res publica*.

O excessivo número de cargos comissionados é uma das causas do desvirtuamento do sistema eleitoral brasileiro, em que se privilegiam as candidaturas para os postos do Poder Executivo em detrimento dos cargos eletivos do Poder Legislativo. As candidaturas para as eleições legislativas passam assim a ser vistas como algo puramente acessório, destinadas apenas àqueles que não lograram a aprovação partidária para a candidatura-mor ao Executivo, consolados ao final os perdedores com o loteamento dos cargos em comissão caso vitoriosa a campanha majoritária.

A exigência de lisura na atividade administrativa resulta da própria concepção republicana de governo, independentemente de qual seja a ideologia política adotada quanto à disciplina do Serviço Público em um determinado momento, o que torna possível afirmar que o preenchimento dos cargos em comissão há de observar os princípios constitucionais da administração pública e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

O provimento em comissão não se justifica apenas pela relação de confiança entre nomeante e nomeado, pois esta é insuficiente para fundamentar a permanência no cargo em comissão após a extinção do vínculo do nomeante com o Serviço Público.

A existência de um regime político estável pressupõe a existência de instituições estatais também estáveis. Por isso é que as instituições estatais devem ser protegidas contra as oscilações políticas próprias do regime republicano, para que a alternância de poder não se transforme em alternância de domínio sobre um Estado submisso. A maleabilidade do Serviço Público, ou seja, a sua capacidade de adaptação às diversas concepções políticas representadas na comunidade deve ser garantida não mediante sua indevida politização, mas por intermédio do fortalecimento do sistema de mérito e profissionalização da instituição.

As sucessivas políticas de sucateamento, aliadas aos vícios no preenchimento de postos em órgãos que são estratégicos para concretizar os fins constitucionais vêm ocasionando a

apropriação do Serviço Público por interesses político-partidários, o que causa o comprometimento total ou parcial da execução de políticas públicas necessárias à concretização dos direitos fundamentais. A providência mais urgente para reverter esse quadro é a regulamentação do artigo 37, V, da Constituição Federal, para especificar os casos, condições e percentuais mínimos em que o provimento do cargo em comissão ficaria restrito a servidores de carreira.

O provimento de cargos em comissão deve ser feito mediante ato administrativo motivado, pelos menos naqueles casos em que haja dúvida quanto às razões que levaram a autoridade nomeante àquela determinada escolha, competindo à autoridade nomeante a apresentação de motivação para a prática do ato, bem como a comprovação das alegações fáticas que o subsidiam, sob pena de invalidação do provimento.

As relações de parentesco, ao ensejarem o preenchimento de um cargo em comissão, trazem consigo muito mais a marca da fidelidade ao nomeante do que propriamente a da confiança. Esta deve decorrer, ao contrário, da profissionalização e competência do pretendente ao cargo, a inspirar na autoridade encarregada da nomeação a necessária segurança de que a atuação do nomeado será pautada pelo interesse público, o que indica não ser recomendável permitir-se a inclusão, no universo dos elegíveis ao cargo, de pessoas vinculadas àquela por vínculos sanguíneos ou de afinidade. A Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal traça um parâmetro objetivo para a vedação ao nepotismo, independentemente de qualquer elemento subjetivo. O parentesco, em si, é considerado como impeditivo da nomeação em comissão, cujo universo de eleição é reduzido em razão de princípios constitucionais.

A justificativa para a vedação do nepotismo pode ser estendida para outros casos em que, apesar de ausente a relação de parentesco, resta potencialmente ameaçado o interesse público em função de interesses outros. Isso ocorre porque os vínculos fiduciários não podem jamais justificar a ofensa a princípios constitucionais, ainda que não necessariamente decorrente de laços de parentesco.

A condenação criminal somente impede a assunção de cargo público em comissão caso haja o trânsito em julgado, o que não subtrai à Administração Pública a possibilidade de, em sede de investigação social, tomar em consideração fatos desabonadores da conduta do servidor,

ainda que não configurem necessariamente um delito ou independentemente mesmo do resultado de eventual persecução criminal.

O preenchimento dos cargos em comissão deve recair sobre pessoas que detenham qualificação técnica ou profissional mínima para o bom desempenho na função, de modo que haja uma *relação de pertinência* entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar.

A criação de cargos em comissão não pode ser arbitrária, não apenas por dever restringir-se às atividades de direção, chefia e assessoramento, mas também em face da necessidade de se respeitar uma *proporção razoável* entre o número de cargos em comissão e o número de cargos efetivos, de modo a assegurar um mínimo de estabilidade à atividade administrativa estatal.

A criação de cargos em comissão somente se justifica para aqueles cargos de direção, chefia ou assessoramento em que se exija uma *relação especial de confiança* entre autoridade nomeante e servidor nomeado.

O controle jurisdicional do provimento de cargos em comissão pode se dar por intermédio da ação direta de inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal ou aos tribunais de justiça estaduais, neste último caso independentemente da repetição, nas Constituições estaduais, das normas contidas nos incisos II e V da Constituição Federal.

A virada jurisprudencial realizada pelo Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento do mandado de injunção versando sobre o direito de greve dos servidores públicos possibilita a concretização do direito obstado pela inércia legislativa, de modo a tornar possível também pela via injuntiva a fixação do percentual mencionado no artigo 37, V, da Constituição Federal até que venha à tona a regulamentação pertinente.

É cabível o ajuizamento de reclamação constitucional caso se constate a nomeação de parentes próximos para o exercício de cargos em comissão.

A ação civil pública e a ação popular são úteis não apenas para averiguar se a natureza das funções efetivamente deferidas ao cargo comissionado correspondem àquelas de direção, chefia ou assessoramento, mas também para todos os demais casos em que se faz necessária a produção probatória, como naqueles em que o provimento comissionado deixe de observar as exigências de qualificação técnica e idoneidade do ocupante. Nos casos em que haja

preterição de candidato aprovado em concurso público, em razão da criação de cargos em comissão com as mesmas atribuições do cargo efetivo vago, é possível também a utilização de ação ordinária e/ou cautelar, para fazer reconhecer a ofensa à regra do concurso público.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. *Estado e Sociedade Periférica Brasileira: O Dilema da Construção da Democracia*. In: SALES, Lília Maia de Moraes e LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto (organizadores). *Constituição, Democracia, Poder Judiciários e Desenvolvimento – Estudos em Homenagem a José de Albuquerque Rocha*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, pp. 473-489.

ANDRADA, Bonifácio de. *Estudos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Brasília: Senado Federal, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel (coordenadores). *A Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 599-635.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRITO, Farias. *Panfleto*. In: MENESES, Djacir (organizador). *O Brasil no Pensamento Brasileiro*. Brasília: Senado Federal, 1998, pp. 761-766.

CAMMAROSANO, Márcio. *Provimento de Cargos Públicos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Sérgio (organizador). *Retorno ao Republicanismo*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

CARDOSO, Fernando Henrique. *Reforma do Estado*. In: PEREIRA, Luís Carlos Bresser e SPINK, Peter (organizadores). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, pp. 15-19.

CATALÁ. Joan Prats i, *Governabilidade Democrática na América Latina no Final do Século XX*. In: PEREIRA, Luís Carlos Bresser e SPINK, Peter (organizadores). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, pp. 271-314.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1967.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro - volume I*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos Atos Administrativos Especiais*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. 4ª ed. São Paulo: Globo, 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Corrupção Administrativa*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, abril/maio/junho, 2006. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 12.06.2010.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 4a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Estruturação Social do Brasil*. In: MENESES, Djacir (organizador). *O Brasil no Pensamento Brasileiro*. Brasília: Senado Federal, 1998, pp. 529-533.

JASMIN, Marcelo Gantus e FERES JÚNIOR, João. *História dos Conceitos: dois momentos de um encontro intelectual*. In: JASMIN, Marcelo Gantus e FERES JÚNIOR, João (organizadores). *História dos Conceitos: debates e perspectivas*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Ed. Loyola: IUPERJ, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Saraiva, 2005.

KOSELLECK, Reinhart. *Uma Resposta aos Comentários sobre o Geschichte Grundbegriffe*. In: JASMIN, Marcelo Gantus e FERES JÚNIOR, João (Organizadores). *História dos Conceitos: debates e perspectivas*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Ed. Loyola: IUPERJ, 2006.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto: O Município e o Regime Representativo no Brasil*. 3a. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1976.

MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*. Brasília: Senado Federal, 2005.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31a. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. *Princípios Gerais de Direito Administrativo – volume I*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Dialética, 2004.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (coordenadores). *A Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coordenador). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PEREIRA, Luís Carlos Bresser. *Gestão do Setor Público: Estratégia e Estrutura para um Novo Estado*. In: PEREIRA, Luís Carlos Bresser e SPINK, Peter (organizadores). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, pp. 21-38.

PEREIRA, Luís Carlos Bresser. *Da Administração Pública Burocrática à Gerencial*. In: PEREIRA, Luís Carlos Bresser e SPINK, Peter (organizadores). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, pp. 237-269.

PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento Ilícito no Exercício de Cargos Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

REZENDE, Renato Monteiro de. *Concurso Público: avanços e retrocessos*. In: DANTAS, Bruno et al. *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois*. Brasília: Senado Federal, 2008, pp. 268-328.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O Servidor Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (coordenadores). *Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

RODRIGUES, Roberto Martins. *Administração Pública: Conceito Constitucional*. In: BONAVIDES, Paulo, MORAES, Germana e ROSAS, Roberto (organizadores). *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a César Asfor Rocha*. Rio de Janeiro, Renovar, 2009, pp. 181-194.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite (organizador). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite (organizador). *Constituição e Crise Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SANTOS, Luiz Alberto dos. *A Administração Pública e sua organização na Constituição Brasileira*. In: DANTAS, Bruno et al. *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois*. Brasília: Senado Federal, 2008, pp. 132-177.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais*. RT 845. São Paulo: RT, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 5a. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*. In: SILVA, Virgílio Afonso da (organizador). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

VALDÉS, Daisy de Asper y. *Em Torno do Sistema Brasileiro de Integridade Nacional: princípios e valores como parte da atividade diária da Administração Pública*. In: Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, ano 7, n. 26. jan./mar., 2008, pp. 263-294.

VOLKMER, Antônio Carlos. *Repensando a questão da historicidade do Estado e do Direito na América Latina*. In: VOLKMER, Antônio Carlos e VIEIRA, Reginaldo de Sousa. *Estado, Política e Direito: Relações de Poder e Políticas Públicas*. Criciúma;SC: UNESC, 2008, pp. 11-19.

VOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)