



UNIVERSIDADE
DO ESTADO DA BAHIA

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS HUMANAS
CAMPUS IV
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MATHEUS MAIA AMORIM

**A NECESSIDADE DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA PARA OS
OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO À LUZ DO
PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA**

Jacobina
2018

MATHEUS MAIA AMORIM

**A NECESSIDADE DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA PARA OS
OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO À LUZ DO
PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Universidade do Estado da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Henrique Araújo Galvão de Carvalho

Jacobina
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

MATHEUS MAIA AMORIM

A NECESSIDADE DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA PARA OS OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO À LUZ DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Universidade do Estado da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____
Titulação e instituição: _____

Nome: _____
Titulação e instituição: _____

Nome: _____
Titulação e instituição: _____

Jacobina ____/____/ 2018.

AGRADECIMENTOS

A Deus, meu sustento e fortaleza, que faz de mim um filho amado e feliz. Sem o amor e cuidado dele nada disso seria possível.

A minha mãe, Diana, meu melhor exemplo de educadora, uma mulher fantástica, por ter o melhor colo do mundo, por acreditar na minha capacidade e sonhar comigo todos os dias.

A todos os meus familiares, pai, avós, tios, tias, primos e primas, pelo apoio, carinho e por me envolverem em um laço de amor tão intenso.

A todos os meus amigos e amigas, anjos que Deus me enviou, por todo o afeto, incentivo, disponibilidade, ajuda diária e por serem partes importantes do tesouro que trago comigo.

A Ana Carolina e Ewerton por me mostrarem o significado de irmãos de coração e acompanharem todos os passos da minha trajetória.

Aos grandes amigos que fiz no curso de Direito da Universidade do Estado da Bahia, especialmente Carolina Carvalho, Talize Cardoso, Maria Clara, Iasmin Sangalo, Deniedson Filho e Lara Gama, que nos últimos meses me ajudaram ainda mais e compartilharam de perto as aflições, incertezas e projetos, mas, sobretudo, a esperança e confiança em dias melhores. Tive os melhores colegas que um curso poderia me oferecer.

A Jéssica por ser muito mais que uma colega de trabalho e deixar minhas manhãs e tardes no escritório muito mais alegres. A Jarina, exemplo de dedicação e sabedoria, por todos os conselhos tão carinhosos. A Marcos Evangelista por me ensinar lições preciosas da advocacia e me proporcionar tantas experiências e aprendizado. A Luana por ser um apoio tão forte e afetuoso nos últimos meses.

A Dulcinea Silva e Rafael Moura, amigos que me ensinam tanto e são grandes exemplos para mim de dedicação e zelo no trato com a Administração Pública.

Ao meu orientador, professor Henrique Galvão, pela atenção, ensinamentos, conselhos e por ser uma grande inspiração para mim.

Enfim, agradeço a todos que me ajudaram ao longo da graduação e acreditaram em meu potencial. As pessoas que estão ao meu lado são a maior riqueza que tenho nesse mundo.

RESUMO

O presente trabalho busca demonstrar a necessidade de prévia qualificação técnica como requisito indispensável para aqueles que venham a ocupar cargos em comissão no âmbito do Poder Executivo, em cumprimento ao que prega o princípio da moralidade administrativa, insculpido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988. Para tanto, a metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, com análise documental, estudo de algumas normas do ordenamento jurídico brasileiro, a saber, a Constituição Federal de 1988, legislações especiais e jurisprudências, estudos de literatura específica sobre o tema em questão e também análise de pesquisas empíricas feitas por uma instituição nacional sobre a situação dos cargos em comissão no país. Nesse sentido, busca-se analisar as bases históricas, conceituais e jurídicas do princípio da moralidade como mandamento constitucional de observância obrigatória para a administração pública, o qual impõe, assim, ao agente político, o dever de agir com honestidade, boa-fé de conduta e objetivando o interesse coletivo no trato com a coisa pública. Ademais, observa-se o diploma jurídico brasileiro no que tange aos cargos públicos, especialmente o exame da história, natureza e regime jurídico dos cargos em comissão no Brasil, bem como sua importância na estrutura governamental de um ente estatal. Por fim, demonstra-se a necessidade de que os cargos em comissão sejam ocupados por pessoas com a qualificação técnica exigida pela natureza do posto que venham a exercer, diante da importância desses cargos para a boa gestão da coisa pública. Dessa forma, conclui-se que a escolha de possíveis servidores públicos sem capacitação técnica para esses cargos viola frontalmente o princípio da moralidade administrativa.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Moralidade; Cargos em Comissão; Qualificação Técnica; Administração Pública.

ABSTRACT

The present work seeks to demonstrate the need for prior technical qualification as an indispensable requirement for those who occupy positions in committee within the Executive Branch, in compliance with the principle of administrative morality, inscribed in the caput of article 37 of the Federal Constitution of 1988. For this, the methodology used was the bibliographical review, with documentary analysis, study of some norms of the Brazilian legal system, namely the Federal Constitution of 1988, special legislations and jurisprudence, analysis of quantitative data found in studies of the specific literature on the subject in question and also analysis of empirical research done by a national institution on the situation of the commissioned posts in the country. In this sense, it seeks to analyze the historical, conceptual and legal bases of the principle of morality as a constitutional commandment of mandatory observance for public administration, thus imposing on the political agent the duty to act with honesty, good faith of conduct and objectifying collective interest in dealing with the public affairs. In addition, it is observed the Brazilian legal diploma in relation to the public positions, especially the examination of the history, nature and legal regime of the positions in commission in Brazil, as well as its importance in the governmental structure of a state entity. Lastly, it's demonstrated the need for the positions in committee to be filled by people with the technical qualification required by the nature of the post they are in, given the importance of these positions. Thus, it is concluded that the choice of possible public servants without technical training for these positions violates the principle of administrative morality.

KEY WORDS: Principle of Morality; Commissioned posts; Technical Qualification; Public administration;

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA	12
2.1 O CONCEITO DE PRINCÍPIO	12
2.2 NORMA PRINCÍPIO E NORMA REGRA SEGUNDO ROBERT ALEXY E RONALD DWORKIN	14
2.3 A GÊNESE DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.....	16
2.4 O CONCEITO DE MORALIDADE ADMINISTRATIVA	17
2.5 A MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	22
3 CARGO EM COMISSÃO	26
3.1 CARGO PÚBLICO, EMPREGO PÚBLICO E FUNÇÃO PÚBLICA.....	26
3.2 A HISTÓRIA E NATUREZA DOS CARGOS EM COMISSÃO NO BRASIL.....	30
3.3 REGIME JURÍDICO DOS OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO	35
4. A NECESSIDADE DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA PARA OS OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO EM OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.....	37
4.1 A IMPORTÂNCIA DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA PARA OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO	37
4.2 A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA EM ATOS DE NOMEAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO	41
4.3 A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E PROPOSTA LEGISLATIVA SOBRE O TEMA	45
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS	51

1 INTRODUÇÃO

A descrença da população brasileira na Administração Pública, tendo como grandes motivos a ineficiência da máquina pública e o crescente número de escândalos de corrupção, revela um Estado que não está conseguindo prestar as providências necessárias às pessoas e, ao mesmo tempo, se tornou uma oportunidade para aqueles que governam pautando seus próprios interesses em detrimento do interesse público.

De fato, cargos públicos no Brasil passaram a ser loteados e utilizados pelas autoridades como forma de enriquecimento pessoal e familiar, configurando clientelismo, e também o que se convencionou chamar, no âmbito federal, de “presidencialismo de coalizão”, pondo em risco a prestação estatal, uma vez que a finalidade precípua da Administração Pública, que é alcançar o interesse público, fica negligenciada

Os cargos em comissão ou cargos comissionados, destinados às atribuições de direção, chefia e assessoramento, possuem uma grande influência dentro da Administração Pública e, pelo caráter de livre nomeação e exoneração, se tornam cada dia mais um instituto à disposição dos chefes do executivo para buscar os mais diversos interesses sem a devida preocupação com a qualificação técnica daqueles que venham a ocupar esses cargos.

Por sua vez, o princípio da moralidade administrativa, que não se confunde com a moralidade comum, impõe ao agente público o dever de honestidade, boa-fé e não corrupção em sua conduta. Nesse sentido, a nomeação de pessoas sem condições técnicas para ocupar cargos em comissão viola frontalmente o princípio da moralidade, tendo em vista a grande importância desses cargos para o bom funcionamento da administração.

Este trabalho surge em meio às reflexões nascidas durante a graduação, especialmente, no tocante ao momento de relacionar os institutos jurídicos estudados com a realidade fática e à experiência vivenciada enquanto estagiário e servidor público do Município de Jacobina-Ba. A percepção de que um princípio constitucional está sendo ignorado no momento em que mais deveria ser suscitado, para o devido alcance do interesse público, reforça ainda mais o desejo de discutir a

violação do princípio da moralidade administrativa em atos de nomeação de ocupantes de cargos comissionados sem a devida qualificação técnica.

Objetiva-se, assim, demonstrar que a nomeação de pessoas para ocupar cargos em comissão sem conhecimento, experiência e capacitação técnica relacionados à área do respectivo cargo viola o princípio da moralidade, pois este impõe ao administrador agir com boa-fé, honestidade, probidade e sempre visar à boa administração e ao interesse coletivo no trato com a coisa pública.

Para a realização do presente trabalho foram utilizadas como fontes de pesquisa referenciais teóricos, análise de dados e do ordenamento jurídico nacional, cujos resultados foram expostos de forma qualitativa e organizados em três grandes temáticas para, então, chegar-se às considerações finais.

Inicialmente, buscou-se analisar o princípio da moralidade administrativa, conceituando o que seria princípio, a diferença entre normas regras e normas princípios para Robert Alexy e Ronald Dworkin, a gênese e o conceito do referido, bem como o seu tratamento no ordenamento jurídico brasileiro e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Em seguida, é apresentado um estudo sobre os cargos em comissão, demonstrando como a doutrina trata as diferenças entre cargo público, emprego público e função pública, e analisando a história, a natureza, o conceito, a importância e os fundamentos dos cargos em comissão no Brasil, assim como o regime jurídico dos seus ocupantes.

Por fim, demonstra-se a necessidade de que os cargos em comissão sejam ocupados por pessoas com qualificação técnica exigida pela natureza das atividades a serem exercidas, visando obediência ao princípio da moralidade. Nesse sentido, mostra-se a importância da capacitação para aqueles que queiram ocupar esses cargos, a violação ao princípio da moralidade em atos que nomeiem pessoas desprovidas dessa qualificação, a posição da jurisprudência e uma proposta legislativa sobre o tema.

O tema é relevante para o mundo jurídico, aliando a tão estudada dogmática aos casos práticos vivenciados diariamente, na perspectiva de que seja percebido que a escolha de pessoas sem preparo necessário a ocupar determinados cargos públicos é um risco à boa administração e viola um princípio constitucional. Além do exposto,

a temática se faz importante para a sociedade, demonstrando que a observância do princípio da moralidade pode coibir atos que vão de encontro à honestidade, à boa-fé administrativa, à probidade e boa gestão da coisa pública e que causam imensos prejuízos para os administrados e para a coletividade.

20 PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

2.1 O CONCEITO DE PRINCÍPIO

A palavra “princípio”, que deriva do latim *principium* (começo da vida, causa, gênese), pode ser entendida, de acordo com contribuições do Dicionário Aurélio, como o primeiro impulso dado a uma coisa, ato de principiar algo, origem, causa primária e, até mesmo, regras ou conhecimentos fundamentais e mais gerais. Assim, antes de discorrer a respeito do princípio da moralidade administrativa, faz-se necessário entender a gênese do termo princípio e o que ele significa para o mundo jurídico.

Na lição de Miguel Reale (2002, p. 271), os princípios existem em toda forma de conhecimento filosófico ou científico, enquanto enunciados lógicos a serem admitidos como base para que outras asserções façam parte de determinado campo do conhecimento. O jusfilósofo ainda coloca os princípios como “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, uma vez que puderam ser comprovadas, apresentam caráter incontestável e funcionam como pressupostos necessários à pesquisa.

Paulo Bonavides (2004, p. 255-256) expõe, amparado em Luís-Diez Picazo, que a ideia de princípio advém da linguagem utilizada na geometria, no tocante às verdades primeiras. O autor ainda arremata que essas verdades são chamadas de princípios por estarem ao princípio, como premissas no desenvolvimento de um sistema. Desse modo, juridicamente, os princípios poderiam ser entendidos como as verdades fundamentais de um sistema jurídico.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2017, p. 79) demonstram que os princípios desempenhariam uma função argumentativa, sendo instrumentos utilizados para a descoberta da razão de ser de uma regra ou de outro princípio de menor amplitude.

Domenico Farias (1981, p. 163), em sua obra *Idealità e Indeterminatezza dei Principi Costituzionali*, expressa o traço de fecundidade para caracterizar os princípios. Para este autor, os princípios são a alma e o fundamento de outras normas,

acrescentando à ideia de princípio o sentido de generalidade. Ele ainda afirma a existência de duas funções que estão compenetradas no entendimento de fecundidade dos princípios. São elas: a função interpretativa e a função integrativa. Os princípios seriam, neste caso, utilizados para orientar o jurista na integração e interpretação das leis.

Amparado nessa mesma ideia, Alexandre Mazza (2015, p. 94) diz que os princípios do Direito Administrativo cumprem duas funções principais, a função hermenêutica e a função integrativa. A função hermenêutica ocorre quando o princípio é utilizado para esclarecer o conteúdo de um dispositivo, retirando a dúvida do aplicador do direito a respeito do significado de determinada norma. A função integrativa é manifestada no momento em que o princípio supre lacunas e vazios normativos.

Matheus Carvalho (2017, p. 60), ao buscar demonstrar a importância dos princípios para o Direito Administrativo, os caracteriza como normas gerais coercitivas que orientam como o indivíduo deve atuar e quais valores devem ser observados nesta atuação, além de os colocar como sentido lógico e harmonioso necessário às normas que regulamentam o Direito Administrativo, definindo, nesta área, como o ente estatal deve se organizar e atuar.

A normatização dos princípios e seu reconhecimento como norma de grau constitucional estão relacionados a fatos históricos intimamente ligados ao Direito. Segundo Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2003, p. 146-147), apesar da resistência de filósofos e outros movimentos no início do século XX, a decadência do positivismo está relacionada ao fim do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, movimentos estes que utilizaram da lei para chegar ao poder e executar barbáries que marcaram a história da humanidade.

Afirmam ainda os autores que, após a Segunda Guerra Mundial, ficou evidente a superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo. Estes acontecimentos trouxeram para o Direito uma série de reflexões, como sua função social e interpretativa. É neste momento, em que se observa a inclusão dos aspectos da nova hermenêutica constitucional, da teoria dos direitos fundamentais, bem como da reaproximação do Direito à Ética, que os princípios são valorizados, incorporados pelos textos constitucionais e reconhecidos como normas pela ordem jurídica.

Por fim, merece destaque a consolidada definição construída pelo constitucionalista e administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello (1991, p. 230) sobre o tema. De acordo com o referido autor:

princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhes a tônica que lhe dá sentido harmônico.

Nesse mesmo sentido, Mello (2000, p. 748) também demonstra a gravidade da violação de um princípio:

violiar um princípio é muito mais grave do que violiar uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.

2.2 NORMA PRINCÍPIO E NORMA REGRA SEGUNDO ROBERT ALEXY E RONALD DWORKIN

Ao longo dos anos a doutrina passou por entendimentos diversos na tentativa de demonstrar a diferença entre normas e princípios. Mais tarde, entendeu-se que norma era um gênero, e suas espécies eram as regras e os princípios. A partir desse marco, a doutrina passa, então, a explicar a diferença prática e conceitual entre os princípios e as regras.

Os maiores estudiosos sobre a questão são o norte-americano Ronald Dworkin e o alemão Robert Alexy, os quais em seus estudos cuidaram de diferenciar princípios de regras.

Inicialmente, segundo Dworking (1978), é necessário confessar que regras e princípios se parecem, pois em ambos os casos se observa a construção de obrigações jurídicas. Ele tinha como finalidade atacar o Positivismo, enfatizando o modo aberto com que a aplicação de princípios estava permitida. Ultrapassada essa premissa, o estudioso alemão passou a dissecar os conceitos sobre o tema.

Dworking enfatiza que a regra se diferencia qualitativamente do princípio. A regra seria aplicada no modo do tudo ou nada (*all-or-nothing*), sendo que, se ocorrem fatos sobre os quais uma regra dispõe, ou ela é válida, solucionando o caso, ou ela é inválida, não contribuindo para a decisão. Na hipótese de haver conflito entre regras, a solução adotada pelo estudioso norte-americano é de que uma delas deverá ser considerada inválida, utilizando-se para tal os critérios tradicionais que solucionam antinomias, são eles: o hierárquico, a especialidade e o cronológico.

Segundo o mesmo autor, os princípios apreendem os valores morais de determinada comunidade e os colocam no discurso jurídico. Ao contrário das regras, os princípios possuem a chamada dimensão de peso (*dimensiono of weight*), podendo interferir uns nos outros. No caso de conflito, o aplicador do Direito deverá analisar o peso de cada princípio em uma determinada situação. Dessa forma, um princípio com peso maior diante do caso irá se sobrepôr ao outro, sem que se fale de perda de validade de um deles.

O alemão Robert Alexy (1993, p. 86), partindo das premissas de Dworking, inova ao chamar os princípios de mandamentos de omitização. Para ele, os princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”. Nesse sentido, enquanto as regras determinam diretamente algo, os princípios permitem uma aplicabilidade com maior grau possível, conforme possibilidades jurídicas e reais, observados os demais princípios e regras, bem como as circunstâncias reais do caso em que serão aplicados.

Alexy se distancia de Dworking quando afirma que a diferença entre princípios e regras não pode ter como base o modo do tudo ou nada. Segundo o jurista alemão a diferença deve se resumir a dois aspectos, o da colisão e o das obrigações que constituem.

Como demonstra Humberto Bergmann Ávila (2005, p. 30), explicando a doutrina de Alexy, na colisão entre princípios sua realização normativa será limitada reciprocamente, enquanto na colisão entre regras ocorrerá a invalidade de uma delas ou uma exceção será aberta para que seja eliminada a antinomia existente. No tocante à diferença, quanto à obrigação que constituem, as regras estabelecem obrigações absolutas, sem possibilidade de serem superadas por outras normas; os

princípios estabelecem obrigações *prima facie*, podendo ser superados ou derogados quando há a colisão com outros princípios.

Conforme pregam Mendes e Branco (2017, p. 82), ao analisarem que as constituições atuais são compostas de regras e princípios, um modelo constitucional feito apenas de regras prestigiaria o valor da segurança jurídica, mas teria uma prática limitada, um sistema constitucional fechado, sem permitir o espaço de desenvolvimento da ordem social. Em outro sentido, se o sistema fosse formado apenas de princípios, ameaçaria a segurança das relações.

2.3 A GÊNESE DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

A constante queda do absolutismo na Europa promoveu uma mudança significativa na estrutura do poder do Estado. A vontade do soberano, até então intacta, oferece lugar à vontade do povo, dono do poder, consoante a ideia legitimada pelas constituições.

Após a Revolução Francesa, a Europa começa a vivenciar um movimento que possuía como objetivo a limitação do poder supremo do soberano, tendo como instrumento uma constituição. Esse movimento sofre influência da Magna Carta inglesa de 1215 e o *Bill of Rights* de 1689, e mais tarde vai se consolidando com a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 e a Constituição Francesa de 1791.

A limitação do poder, como forma de impedir seu abuso, é a tônica do Estado moderno. Segundo Norberto Bobbio (2000, p. 24), há teorias políticas modernas que buscam o remédio necessário contra o abuso de poder, as quais podem ser divididas em três grupos.

O primeiro é o das teorias dos direitos naturais, ou jusnaturalismo. De acordo com essas teorias, o Estado encontra um limite externo, entendido como direitos naturais do indivíduo, devendo, assim, serem respeitados. O segundo grupo é o das teorias da separação dos poderes, que defendem, especialmente, a distribuição do poder entre várias pessoas, para que não haja concentração em uma só pessoa. O terceiro grupo é o das teorias da soberania popular ou democracia.

Segundo essas teorias, o único remédio para combater o abuso de poder concentra-se na mudança incondicional de seu titular, ou seja, o poder deve estar fundamentado no consenso popular. Dessa forma, o poder será atribuído à vontade do povo que, por sua natureza, não poderá abusar dele, pois o povo não irá exercer seu poder contra si mesmo.

É neste contexto de busca pela limitação do poder estatal que surge o Direito Administrativo, sendo pensado e desenvolvido pelo Conselho de Estado francês. O pioneiro no estudo do que hoje chamamos de moralidade administrativa foi o francês Maurice Hauriou, juiz do Conselho de Estado francês.

Em 1903, esse juiz começou a tentar enfrentar os abusos que os administradores cometiam em atos legais, contudo, viciados em suas causas, o que se passou a ser chamado de desvio de poder. Segundo Hauriou (1903, *apud* BARBOZA, 2002, p. 90), seria desvio de poder o fato de a autoridade administrativa exercer seus poderes de acordo com a letra da lei, mas visando uma finalidade distinta daquela para qual eles lhes foram conferidos.

Tendo em vista essas premissas, a ideia de moralidade administrativa começa a ser moldada em obras de Hauriou (1927, *apud* BARBOZA, 2002, p. 92-93), como a “*Précis de Droit Administratif et de Droit Public*”. O autor sugere que o poder administrativo não se subordina unicamente à noção de legalidade, devendo ser limitado, inclusive, pelos motivos de agir. A moralidade seria o “espírito da lei”, e o desvio de poder a violação a esse espírito.

Em síntese, o pensamento do pioneiro jurista francês, esboçando a tese da moralidade administrativa, pretende controlar e possibilitar a anulação de atividades do administrador em atos discricionários que, embora pareçam revestidas de legalidade, não estejam em consonância com a finalidade regular do ato.

2.4 O CONCEITO DE MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Segundo Mazza (2015, p. 109-110), é possível observar três teorias que buscam explicar a relação entre normas morais e normas jurídicas: a teoria do mínimo ético, a teoria dos círculos independentes e a teoria dos círculos secantes.

A teoria do mínimo ético, defendida pelo inglês Jeremias Bentham e Georg Jellinek, afirma que o Direito seria parte de um complexo de regras sociais que pertencem à Moral. Para Mazza, o erro dessa teoria está em acreditar que todas as regras jurídicas são morais. A teoria dos círculos independentes, de Hans Kelsen, propõe a separação total entre Direito e Moral. Deste modo, o legislador não deveria combinar as regras jurídicas com a moral existente no seio social. Já a teoria dos círculos secantes, de Claude Du Pasquier, é apresentada por Mazza (2015, p. 110) como a que mais se aproxima da realidade, pois defende que há pontos de concordância entre o Direito e a Moral, não havendo, no entanto, coincidência total naquilo que os mesmos exigem.

Alexy (1945, p. 289), em consonância com a terceira teoria, afirma que “existe uma conexão necessária entre direito e moral, em relação à qual o positivismo jurídico falha enquanto teoria abrangente”, sendo dessa forma pertinente distinguir moralidade comum do conceito de moralidade administrativa, antes de expor este último.

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2017, p. 147), traz o entendimento de Maurice Hauriou, demonstrando que a moral jurídica, neste caso, a moral administrativa, não se confunde com a moral comum. Aquela pode ser entendida como "o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração". Nesse sentido, o agente administrativo deve ter sua atuação pautada na distinção entre o Bem e o Mal, o honesto e o desonesto, atuando sem deixar de lado o elemento ético em sua conduta. Assim, não basta apenas escolher entre o legal e o ilegal, o oportuno e o inoportuno, mas, para, além disso, o honesto e o desonesto.

Helly Lopes Meirelles e José Emmanuel Burle Filho (2016, p. 94), escrevendo sobre o tema, afirmam que:

Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: "non omne quod licethonestum est". A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum.

O francês Henri Welter (1929, *apud* MEIRELLES e BURLE FILHO p. 94), estudioso do tema, expressa que:

a moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras de boa administração, ou seja: pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas não só pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela ideia geral de administração e pela ideia de função administrativa.

Na tentativa de explicar a diferença entre a moralidade social e a moralidade jurídica, Carvalho (2017, p. 74) expõe que a moralidade social tem como objetivo diferenciar o bem do mal e o certo do errado segundo o senso comum da sociedade. Diferente disso, a moralidade jurídica está relacionada ao conceito de bom administrador, o qual atua visando o bem-estar da coletividade e o interesse público.

O mesmo autor, para ilustrar a diferença e pôr fim a possíveis dúvidas, cita o exemplo de um servidor público que foi penalizado por estar mantendo relações sexuais na repartição pública. A demissão desse sujeito pode ser aplicada por incontinência de conduta, noção que decorre da moralidade comum, social. No entanto, se um servidor é flagrado desviando verbas do Estado para contas pessoais, sua conduta viola a moralidade jurídica, administrativa.

Meirelles e Burle Filho (2016, p. 95) afirmam que a moralidade do ato administrativo, bem como sua legalidade e finalidade e a conformação com outros princípios constituem os pressupostos de validade que garantem a legitimidade da atividade pública. Amparados nas lições do português Antônio José Brandão, os administrativistas destacam que o ato administrativo deve, além de obter o máximo de eficiência, ser honesto, não prejudicar o outro e dar a cada um o que lhe pertence. Dessa forma, a moralidade administrativa será violada nos casos em que o administrador atuou para fins imorais ou desonestos e quando procura obter vantagem indevida, desviando o fim institucional, que é o bem da coletividade.

Consoante Franco Sobrinho (1974, p. 11), a moralidade administrativa está intimamente relacionada ao conceito de “bom administrador”, sendo esse, aquele que “usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum”. O bom administrador, assim, deve entender as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto nos efeitos de sua atuação. O autor defende ainda, citando decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que a legalidade ou legitimidade de um ato não está apenas em sua conformação com a lei, mas também com a moral administrativa e o interesse coletivo.

A noção de bom administrador faz lembrar a noção de boa administração, iniciada pelo Conselho do Estado francês, do qual fazia parte Hauriou (1903, p. 575). Nas palavras do jurista francês:

O que é então essa “boa administração”? É uma noção puramente objetiva, que se dá ao juiz administrativo apreciar soberanamente, a partir das circunstâncias, do meio, do momento, ela é o equivalente da noção comum de boa-fé no comércio jurídico privado à qual se refere o legislador alemão. O Conselho de Estado parte da ideia de que a Administração está vinculada por uma certa moralidade objetiva; ela tem uma função a cumprir, e quando os motivos que a impulsionaram não são conformes aos fins gerais dessa função, o Conselho de Estado os declara ilícitos. Ora, se concebe como esses “fins gerais da função” são elementos concretos, objetivos, que o juiz recolhe na constatação dos fatos. Notemos, de passagem, que o Conselho de Estado está melhor colocado que qualquer outro para delinear essa moralidade, pois que é ele mesmo o conselho administrativo mais elevado e mais esclarecido.

Nesse sentido, a boa-fé estudada pelo Direito Civil, relacionada à lealdade, ética e confiança, ganha força nas relações que estão no âmbito do Direito Administrativo. Ocorre que na doutrina administrativista o que mais recebe importância é a boa-fé objetiva. Como defende Mazza (2015, p. 113), para o Direito Administrativo, o que interessa é a atitude e não a intenção, sendo irrelevante fazer a investigação dos motivos subjetivos e psicológicos que levaram o agente a praticar a conduta censurável.

O princípio da moralidade administrativa, no dizer de Mello (2013, p. 109-110), representaria o dever de a Administração agir de acordo com valores éticos, objetivando não praticar atos ilícitos, para não incorrer na invalidação do ato. O autor destaca também que:

segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e honestidade, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, evitado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.

Na opinião de Di Pietro (2017, p. 149), haverá violação ao princípio da moralidade administrativa quando a atuação da Administração ou do administrado ofender a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, bem como a ideia comum de honestidade, ainda que o ato esteja em conformidade com a lei.

A respeitada jurista Cármen Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 191) relaciona o princípio da moralidade com a conduta daquele que está agindo em nome do Estado ao afirmar que o referido princípio será acatado pela qualidade ética do comportamento virtuoso do agente em determinada situação. Para a jurista, é possível observar a virtuosidade do comportamento do agente quando ele age em conformidade com a natureza do cargo por ele ocupado, com os fins buscados, com a coerência ao Direto e com os meios utilizados para atingir os fins.

Consoante Ives Granda da Silva Martins (1996, p. 354), o princípio da moralidade é o mais relevante e o que se destaca de forma absoluta entre os princípios administrativos fundamentais, de modo que o administrador público deve ser um exemplo para os administrados. O autor firma ainda que a moralidade não se vincula apenas à obediência a lei, mas também à preocupação de não produzir problemas para os administrados.

Aristides Junqueira Alvarenga (1994, p. 46) se filia à mesma ideia de supremacia do princípio da moralidade, defendendo que este confere legitimidade à legalidade, como também impõe a observância da impessoalidade e da publicidade dos atos administrativos como reflexos da moralidade.

Na visão do constitucionalista Uadi Lammêgo Bullos (2002, p. 578), a observância do princípio da moralidade é de caráter obrigatório, uma vez que possui reconhecimento do constituinte de 1998, e está sujeita ao controle judicial. Tal autor, em uma visão mais detalhada, demonstra quatro aspectos que, segundo ele, pertencerem ao vetor da moralidade administrativa em um sentido amplíssimo, acepção ampla, em densidade e em expansão:

em fundamento porque, num sentido amplíssimo, a moralidade administrativa equivale ao conjunto de preceitos tirados da estrutura interna da Administração, os quais têm em vista a moral profissional, isto é, a conduta honesta, proba e honrada do “bom administrador” (Hauriou). Em grau, porquanto, numa acepção ampla, evidencia o comportamento zeloso, sério, dedicado, isento dos vícios e das mazelas humanas, as quais comprometem o espírito público do mandatário de uma coletividade. Em densidade, porque o pórtico da moralidade administrativa, estritamente tomado, é algo que equivale à boa-fé e à lealdade, não como categorias que se confundam com ela, mas em oposição à astúcia, à malícia e à dissimulação. Em expansão, posto que, num campo muito restrito, o administrador é aquele que equaciona a receita e a despesa, tratando com lisura e decência as finanças públicas, sem desvirtuar os dinheiros do Estado, zelando pelo erário, ao invés de causar-lhe danos, através de atos evitados de improbidade.

2.5 A MORALIDADE ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O termo e noção de moralidade administrativa ingressaram no ordenamento jurídico brasileiro pela primeira vez, de forma mais destacada, no Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, o qual instituía o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil e dava outras providências. Esse instrumento legal nascia em meio à posse de Getúlio Vargas e representava a instauração do que os historiadores chamam de nova ordem governamental.

O Decreto supracitado concedia ao Poder Executivo o direito de revisar e anular os contratos que estivessem em desobediência ao interesse público e à moralidade administrativa:

Art. 7º Continuam em inteiro vigor, na forma das leis aplicáveis, as obrigações e os direitos resultantes de contratos, de concessões ou outras outorgas, com a União, os Estados, os municípios, o Distrito Federal e o Território do Acre, salvo os que, submetidos a revisão, contravenham ao interesse público e à moralidade administrativa.

Mais tarde, nasce a Lei Federal nº 1.079 de 10 de abril de 1950, que define os crimes de responsabilidade e prevê, em seu artigo 9º, quais são os crimes de responsabilidade contra a probidade administrativa, prestigiando, desde já, a necessidade de observância à moralidade administrativa.

Para destacar a estreita relação entre probidade e moralidade se faz necessário recorrer ao conceito de Wellington Pacheco Barros (2002, p. 177) ao explicitar o que é improbidade:

A palavra improbidade vem do radical latino probus, que significa crescer reto, e na tradição da língua portuguesa significa ter caráter, ser honesto, ser honrado. Por via de consequência, não ter probidade ou ser ímprobo significa não ter caráter, ser desonesto ou desonrado.

A inserção da moralidade administrativa na Constituição Federal de 1988 ocorreu mediante grandes discussões. O motivo para isso é que, além de o país viver, naquela época, uma mudança significativa em sua história política, a doutrina deparava-se com dificuldade em conceituar a moralidade administrativa.

Segundo Márcia Noll Barboza (2002, p. 107), a definição dada à moralidade administrativa pela doutrina brasileira antes de 1988 pode ser entendida como a observância de uma moral jurídica determinada essencialmente pela ideia de função administrativa ou de implementação do bem comum. Dessa premissa originou-se a noção de boa administração, a qual deveria ser fiscalizada na área da discricionariedade administrativa e não apenas em casos de desvio de poder. Na opinião da autora essas lições formam o sentido do qual emergiu o princípio da moralidade na Magna Carta de 1988.

O acolhimento desse princípio na nova Constituição é justificado, especialmente, por muitos, pela situação vivenciada pelo país, o qual saía de um regime militar e entrava em uma conjuntura democrática. O cidadão enxergava de forma positiva a noção de moralidade, relacionando-a ao ideal de justiça. Sobre o tema, assim reflete José Guilherme Giacomuzzi (2013, p. 142-143):

O país saía de um regime autoritário de mais de 20 anos. Nesse diapasão, podemos, sem dúvida, dizer que a Constituição brasileira de 1988 refletiu, no seu texto, muitas das aspirações democráticas modernas. Devia ser assim. Olhos no passado recente de menosprezo e desrespeito, por parte do Estado, a direitos do cidadão, inequivocadamente pretendeu o legislador constituinte romper com o modelo autoritário, posto até então, e nesse afã fez consagrar, no seu art. 5º, inúmeros direitos fundamentais, já tendo referido artigo sido apontado como o ponto alto e mais libertário da Constituição Federal vigente. [...] Com efeito, da análise dos projetos de lei, em todas – não há uma única exceção – as Comissões e Subcomissões do Congresso Constituinte que trataram dos direitos e garantias individuais, depois formadoras do artigo 5º da CF de 1988, dá-se conta de que a moralidade administrativa esteve sempre presente nos projetos de texto constitucional levados a debate e, ao que se tem notícia, jamais foi contestada sua inclusão [...].

Já o clamor por normas que conferissem prestígio à moralidade ganha justificativa pela situação da Administração Pública no período que antecedeu a redemocratização. Geraldo Ataliba (2011, p. 23) descreve que eram delegadas abusivamente faculdades normativas inaugurais e constrangedoras a órgãos e funcionários. O administrado não possuía participação e não sabia o que o Estado pretendia nem o que lhe iria exigir. O arbítrio se agigantava, assim como a prepotência, a desigualdade, a corrupção e o peculato. As autoridades eram desleais; acostumadas à impunidade e a legalidade era desrespeitada.

O certo é que a Constituição Federal de 1988, constituição cidadã, inseriu a moralidade administrativa em seu texto, e, logo no artigo 5º, LXXIII, ela dispõe que

qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo à moralidade administrativa, ampliando, dessa forma, o rol de cabimento da Ação Popular, regulada pela Lei Federal nº 4.717, de 29 de junho de 1965.

Em seu artigo 14, § 9º, a carta constitucional prevê que lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade, tendo como objetivo proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício de mandato e, no tocante ao artigo 15, apresenta que a perda ou a suspensão dos direitos políticos se dará, dentre outros, nos casos de improbidade administrativa.

Por fim, entre as menções mais importantes, o artigo 37, *caput*, consagra que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá ao princípio da moralidade.

A Lei Federal nº 8.429, de 2 de junho de 1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências, endossou o coro de legislações que buscam a observância à moralidade administrativa. Importante ressaltar que, em seu artigo 11, o referido diploma legal prevê que “constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições”.

Entre outras leis e instrumentos normativos nacionais que destacam a moralidade administrativa, pode-se citar o Decreto nº 6.029, de 01 de fevereiro de 2007, que instituiu o Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal, bem como o Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994, que aprovou o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal.

Ademais, merece atenção a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e dispõe sobre a necessidade de a Administração obedecer ao princípio da moralidade e, nos processos administrativos, observar os critérios de atuação “segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”.

Recentemente, a Lei Federal nº 13.303, de 30 de junho de 2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas

subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e que será mais aprofundada nos capítulos posteriores, trouxe à discussão condutas que observam a moralidade.

O debate mais famoso sobre o princípio da moralidade administrativa no Supremo Tribunal Federal obteve como consequência a aprovação, por unanimidade, da Súmula Vinculante nº 13, que veda o nepotismo nos Três Poderes, no âmbito da União, dos Estados e dos Municípios¹. Em síntese, a referida súmula proíbe a contratação de parentes de autoridades e de funcionários para cargos de confiança, comissão e de função gratificada no serviço público.

Sobre a temática, enquanto o Ministro Carlos Britto, relator do processo defendia que o nepotismo violava o princípio da moralidade de forma secundária, o Ministro Eros Grau sustentava que o referido princípio deveria ter aplicação direta por causa da Constituição, sem a necessidade de outro instrumento legislativo, ressaltando ainda em seu voto:

O Direito não pode dissociar-se da Moral, isto é, de uma moral coletiva, pois ele reflete um conjunto de crenças e valores profundamente arraigados que emanam da autoridade soberana, ou seja, o povo. Quando, em determinada sociedade, há sinais de dissociação entre esses valores comunitários e certos padrões de conduta de alguns segmentos do aparelho estatal, tem-se grave sintoma de anomalia, a requerer a intervenção da justiça constitucional como força intermediadora e corretiva.

A posição defendida por Eros Grau foi seguida pelo Ministro Gilmar Mendes cuja postura sustentava a não exigência de lei para a vedação da prática do nepotismo, já que esta decorre de princípios constitucionais. Segundo Mendes, “a Constituição, ao atuar por meio de princípios, determina os fins sem indicar explicitamente os meios”.

¹ Súmula Vinculante nº 13 do STF: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

3 CARGO EM COMISSÃO

3.1 CARGO PÚBLICO, EMPREGO PÚBLICO E FUNÇÃO PÚBLICA

A doutrina costuma afirmar que ao agir em nome do Estado qualquer pessoa pode ser chamada de agente público, seja qual for o vínculo jurídico desempenhado.

Di Pietro (2017, p. 731) sustenta que será agente público aquela pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Pública Indireta. O artigo 37 da Constituição Federal de 1988 pacifica esse entendimento, acrescentando como agentes públicos aqueles que prestam serviço às pessoas jurídicas de direito privado que foram instituídas pela Administração Pública.

A Lei Federal nº 8.429 de 02 de junho de 1992, conhecida como a Lei da Improbidade Administrativa, traz em seu artigo 2º a definição de agente pública. Segundo a aludida lei:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Os agentes públicos, conforme a maior parte da doutrina, são divididos entre agentes políticos, particulares em colaboração com o poder público e servidores estatais, sendo espécies destes os servidores temporários, os servidores estatutários e os empregados públicos. Dessa forma, em sua maioria, os agentes públicos acabam por assumir cargos, empregos públicos ou exercem função pública.

Sobre os empregos públicos, Mello (2008, p. 250-251), escreve que “são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista, como, aliás, prevê a lei 9.962 de 22.2.2000”.

A referida Lei Federal nº 9.962 de 22 de fevereiro de 2000, disciplina que o pessoal que for admitido para emprego público na Administração federal direta, autárquica e fundacional terá sua relação de trabalho regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, e legislação trabalhista correlata, naquilo que a lei não dispuser em contrário.

Vale mencionar que há dispositivos constitucionais, especialmente os do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, que têm aplicação aos empregados públicos. Entre eles, o limite à remuneração e subsídio, a impossibilidade de acumulação remunerada de cargos, funções ou empregos, a necessidade de aprovação em concurso público antes de celebrar o contrato de emprego. Ademais, nos termos do artigo 61, §1º, II, "a" da Constituição Federal, há a necessidade de lei para a criação de empregos públicos.

Carvalho (2017, p. 788) destaca que devido à restauração do Regime Jurídico Único, fruto de medida cautelar na ADI 2135², o regime de emprego foi abolido da

² "MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PODER CONSTITUINTE REFORMADOR. PROCESSO LEGISLATIVO. EMENDA CONSTITUCIONAL 19, DE 04.06.1998. ART. 39, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SERVIDORES PÚBLICOS. REGIME JURÍDICO ÚNICO. PROPOSTA DE IMPLEMENTAÇÃO, DURANTE A ATIVIDADE CONSTITUINTE DERIVADA, DA FIGURA DO CONTRATO DE EMPREGO PÚBLICO. INOVAÇÃO QUE NÃO OBTVEU A APROVAÇÃO DA MAIORIA DE TRÊS QUINTOS DOS MEMBROS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANDO DA APRECIÇÃO, EM PRIMEIRO TURNO, DO DESTAQUE PARA VOTAÇÃO EM SEPARADO (DVS) Nº 9. SUBSTITUIÇÃO, NA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA LEVADA A SEGUNDO TURNO, DA REDAÇÃO ORIGINAL DO CAPUT DO ART. 39 PELO TEXTO INICIALMENTE PREVISTO PARA O PARÁGRAFO 2º DO MESMO DISPOSITIVO, NOS TERMOS DO SUBSTITUTIVO APROVADO. SUPRESSÃO, DO TEXTO CONSTITUCIONAL, DA EXPRESSA MENÇÃO AO SISTEMA DE REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS SERVIDORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECONHECIMENTO, PELA MAIORIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA PLAUSIBILIDADE DA ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL POR OFENSA AO ART. 60, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RELEVÂNCIA JURÍDICA DAS DEMAIS ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL REJEITADA POR UNANIMIDADE. 1. A matéria votada em destaque na Câmara dos Deputados no DVS nº 9 não foi aprovada em primeiro turno, pois obteve apenas 298 votos e não os 308 necessários. Manteve-se, assim, o então vigente caput do art. 39, que tratava do regime jurídico único, incompatível com a figura do emprego público. 2. O deslocamento do texto do § 2º do art. 39, nos termos do substitutivo aprovado, para o caput desse mesmo dispositivo representou, assim, uma tentativa de superar a não aprovação do DVS nº 9 e evitar a permanência do regime jurídico único previsto na redação original suprimida, circunstância que permitiu a implementação do contrato de emprego público ainda que à revelia da regra constitucional que exige o quorum de três quintos para aprovação de qualquer mudança constitucional. 3. Pedido de medida cautelar deferido, dessa forma, quanto ao caput do art. 39 da Constituição Federal, ressaltando-se, em decorrência dos efeitos ex nunc da decisão, a subsistência, até o julgamento definitivo da ação, da validade dos atos anteriormente praticados com base em legislações eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo ora suspenso. 4. Ação direta julgada prejudicada quanto ao art. 26 da EC 19/98, pelo esgotamento do prazo estipulado para sua vigência. 5. Vícios formais e materiais dos demais dispositivos constitucionais impugnados, todos oriundos da EC 19/98, aparentemente inexistentes ante a constatação de que as mudanças de redação promovidas no curso do processo legislativo não alteraram substancialmente o sentido das

Administração direta, autárquica e fundacional, sendo admitido, no âmbito da União Federal, apenas na contratação de pessoal das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas regidas pelo direito privado.

A respeito da função pública, nos moldes da atual Constituição, é coerente utilizar a doutrina de Di Pietro (2017, p. 744). Consoante a autora, trata-se de um conjunto de atribuições exercidas por servidores, mas que não correspondem um cargo ou emprego, e pode subsistir em dois casos.

O primeiro caso está relacionado à função que servidores contratados temporariamente exercem. A depender da urgência da situação estes servidores não necessitam prestar concurso público. Essa modalidade de contratação tem base no artigo 37, IX, da Constituição Federal de 1988, no entanto depende de lei do respectivo ente administrativo para disciplinar o tema.

O segundo caso de função pública, o mais aceito pela doutrina e conhecido como função de confiança, é aquele estampado no artigo 37, V, da Constituição Federal de 1988:

V - as funções de confiança serão exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

A função pública, nesse sentido, ao contrário do primeiro caso, será de natureza permanente, apesar de gozar de livre provimento e exoneração, e corresponde à chefia, direção e assessoramento ou outro tipo de atividade em que não haja a criação de cargo respectivo. Mazza (2015, p. 569) afirma que não se deve confundir cargo de confiança com função de confiança, pois apesar desta também estar relacionada a atribuições de direção, chefia e assessoramento, só pode ser exercida por servidores de carreira.

O cargo público, de acordo com a Lei federal nº 8.112/1990, tem a seguinte definição:

proposições ao final aprovadas e de que não há direito adquirido à manutenção de regime jurídico anterior. 6. Pedido de medida cautelar parcialmente deferido.

(STF - ADI: 2135 DF, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 02/08/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-041 DIVULG 06-03-2008 PUBLIC 07-03-2008 EMENT VOL-02310-01 PP-00081 RTJ VOL-00204-03 PP-01029)

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

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

Também merecem atenção as definições dadas por respeitáveis administrativistas brasileiros. Mello (2009, p. 242-243) conceitua cargo público do modo a seguir:

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

A doutrina majoritária admite essa conceituação, apresentando o cargo público como uma unidade de competência em que se conferem atribuições. O ordenamento jurídico brasileiro é claro ao dispor que o cargo público só pode ser criado por lei, deve ser assumido por um agente, possui natureza permanente e tem a finalidade de executar atribuições intrínsecas a ele.

Ao tratar sobre os cargos públicos, a doutrina adota, dentre outras classificações, uma que se refere à garantia conferida ao servidor. Essa classificação divide os cargos públicos em cargos efetivos, cargos vitalícios e cargos comissionados ou em comissão, também conhecidos como cargos de confiança.

Os cargos efetivos só podem ser ocupados por servidores previamente aprovados em concurso público. Após o prazo de três anos de efetivo exercício e o cumprimento de requisitos legais, o servidor adquire a estabilidade, a qual só será perdida na ocorrência das hipóteses previstas constitucionalmente.

Os cargos vitalícios, ocupados por magistrados, membros do Ministério Público e membros dos Tribunais de Contas, se diferenciam dos demais, especialmente, pois, dentre outros motivos, a perda do cargo só ocorre mediante sentença judicial transitada em julgado. Carvalho (2017, p. 792), ao explicar o motivo de tamanha garantia, destaca: “trata-se de atividades de alta responsabilidade que justificam uma necessidade de maior garantia, sob pena de se admitir a incidência de pressões políticas na execução de suas atividades”.

3.2 A HISTÓRIA E NATUREZA DOS CARGOS EM COMISSÃO NO BRASIL

As primeiras constituições brasileiras não faziam menção expressa aos cargos em comissão, limitando-se a tratarem de casos em que o chefe do executivo possuía o poder de realizar nomeações e timidamente disporem sobre o elemento confiança na escolha de ocupantes de cargos públicos.

A Constituição de 1824, outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, em 25 de março de 1824, dispunha que uma das atribuições do imperador versava sobre nomear Bispos, Magistrados, Comandantes das Forças de Terra e Mar, Embaixadores, e Agentes Diplomáticos e Comerciais. Mais tarde, na Constituição da República de 1891, o artigo 49 afirmava que o Presidente da República era auxiliado pelos Ministros de Estado, agentes de sua confiança. .

Nas Constituições de 1934 e 1937, surge a figura do cargo demissível ad nutum, sem, no entanto, haver expressa citação aos cargos em comissão. A Constituição de 1946, no parágrafo único do artigo 188, menciona o termo cargos de confiança, não garantindo estabilidade aos mesmos nem aos que a lei declara como livre nomeação e livre demissão.

Logo após, na Constituição de 1967, é visto pela primeira vez a menção ao que chamamos de “cargos em comissão”. O artigo 95, § 2º, deste diploma legal, disciplinava sobre a desnecessidade de concurso público para a nomeação de cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração.

Em seguida, o mesmo ordenamento constitucional recebeu duas emendas e trouxe menções ao instituto dos cargos em comissão em outros dispositivos, reforçando no artigo 97, § 2º, aquilo previa no artigo 95, § 2º. Ademais, no artigo 93 § 3º, previa que a proibição de acumular proventos de inatividade não se aplicaria aos militares da reserva e aos reformados quanto ao exercício de cargo em comissão. Por fim, o artigo 104, § 5º, vedava que o vereador, no âmbito da administração, ocupasse cargo em comissão.

Em 05 de outubro de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada, definindo expressamente o cargo em comissão no artigo 37, II, como o declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Ainda nesse inciso enfatiza-se a não obrigatoriedade de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos para os ocupantes desses cargos.

O inciso V do mesmo artigo, após a Emenda Constitucional nº 19/1988, passou a prever que os cargos em comissão devem ser preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, bem como sua destinação restrita às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

A doutrina, amparada pela ordem constitucional e a jurisprudência, vem conceituando ainda mais com os cargos em comissão. Nas palavras de Mello (2006, p.309-310):

Os cargos de provimento em comissão (cujo provimento dispensa concurso público) 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.

Carvalho (2018, p. 791), na mesma linha, assim entende:

O cargo em comissão é a unidade indivisível de atribuições, prevista na estrutura organizacional do estado, para execução de atribuições de direção, chefia ou assessoramento, ou seja, funções que exigem a confiança direta e pessoal da autoridade pública.

Sobre o elemento confiança, como núcleo fundante do instituto dos cargos em comissão, deve-se recordar que de acordo com o pensamento do jurista alemão Max Weber (2010, p. 138), “o governante executa medidas mais importantes através de sua confiança pessoal”.

Odete Medauar (2018, p. 271), ao dispor sobre o conceito de cargos em comissão, dispõe, enfatizando o elemento confiança, do seguinte modo:

O cargo em comissão é aquele preenchido com o pressuposto da temporariedade. Esse cargo, também denominado cargo de confiança, é ocupado por pessoa que desfruta da confiança daquele que nomeia ou propõe a nomeação. Se a confiança deixa de existir ou se há troca da autoridade que propôs a nomeação, em geral o ocupante do cargo em comissão não permanece; o titular do cargo em comissão nele permanece enquanto subsistir o vínculo de confiança [...].

Márcio Cammarosano (1984, p. 95), ao se debruçar sobre o tema, ressalta a particularidade e a importância da escolha dessa espécie de cargos:

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

Torna-se, de acordo com a doutrina, indiscutível que o elemento confiança é um dos traços marcantes do instituto dos cargos comissionados. A importância dessa característica é tão grande que os referidos cargos são chamados, por muitos autores e por parte da população, de cargos de confiança. Nesse sentido, entende-se um dos motivos de o ordenamento jurídico permitir que o ocupante do cargo em comissão, a depender do caso, seja uma pessoa estranha à Administração.

Como ocorrem com os demais cargos públicos, os cargos em comissão devem ser criados por lei e, obedecendo à disposição constitucional, de forma particular, só podem ser criados para as atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Essa é a posição firmada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao julgar a inconstitucionalidade da criação de cargos comissionados que não estejam relacionados às atribuições de direção, chefia e assessoramento:

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

(STF – ADI: 3602 GO, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 14/04/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-108

DIVULG 06-06-2011 PUBLIC 07-06-2011 EMENT VOL-02538-01 PP-00027)

Em recente decisão, 28 de setembro de 2018, a mesma Corte reafirmou seu entendimento sobre o tema, no julgamento do Recurso Extraordinário 1041210³, que trata da constitucionalidade de uma lei do município de Guarulhos-SP, o qual criava 1.941 cargos de assessoramento na administração municipal. Diante do exposto, foi fixada a tese de repercussão geral no sentido de que “a criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais”.

Vale destacar que a doutrina costuma diferenciar chefia, direção e assessoramento. Para Regis Fernandes de Oliveira (2004, p. 25), os cargos de direção e de chefia estão relacionados às posições de comando dentro da Administração e, para diferenciá-los, sustenta que o diretor possui em seu comando toda uma repartição, o que inclui algumas chefias; enquanto o chefe gere um setor mais restrito, menor.

O assessoramento advém da ideia de auxílio àqueles que possuem a incumbência de chefiar ou dirigir um setor. De acordo com Cammarosano(2014, p. 359), não há autonomia funcional para o assessor dentro da estrutura a que o mesmo pertence, sua função deve ser a de estar à disposição do seu superior hierárquico, chefe ou diretor, oferecendo-lhes suporte e subsídio necessários e podendo desenvolver atividades diversas, intelectuais ou materiais.

Dessa forma, observa-se que, além do requisito confiança, os cargos em comissão devem ser de direção, chefia ou assessoramento. Atribuir-lhes funções que se confundam totalmente com as dos cargos efetivos poderia representar uma forma de burlar a regra do concurso público para o acesso aos cargos públicos.

Os cargos em comissão, por vezes, podem ser confundidos com os agentes políticos, e, nesse sentido, é recomendável, após estudar as características daqueles, analisar a posição da doutrina sobre o conceito destes.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.1041210** – Proc. 2074201-70.2016.8.26.0000. Recorrente: Sebastião Alves de Almeida. Recorrido Ministério Público Do Estado de São Paulo. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DJE 28 set. 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+3602+GO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8mlksss>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

Inicialmente, torna-se imperioso ressaltar que a doutrina não é pacífica ao esclarecer a definição e quem seriam os agentes políticos. Meirelles e Burle Filho(2016, p. 80-82), assim os conceituam:

Agentes políticos: são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais (...)

Nesta categoria encontram-se os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros e Secretários de Estado e de Município); os membros das Corporações Legislativas (Senadores, Deputados e Vereadores); os membros do Poder Judiciário (Magistrados em geral); os membros do Ministério Público (Procuradores da República e da Justiça, Promotores e Curadores Públicos); os membros dos Tribunais de Contas (Ministros e Conselheiros); os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase judiciais, estranhas ao quadro do serviço público.

Como é possível perceber, no entendimento dos referidos juristas a categoria dos agentes políticos abarca um grande número de agentes públicos. Na definição de Mello (2011, p. 238):

Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem os formadores da vontade superior do Estado.

Ainda de acordo com esse autor, divergindo com Meirelles e Burle Filho(2016), em uma interpretação mais restritiva, só podem ser chamados de agentes políticos os chefes dos Poderes Executivos federal, estadual, municipal e distrital e seus vices; os Ministros e Secretários dos respectivos chefes; os Senadores; os Deputados federais e estaduais; e os vereadores.

No mesmo sentido, DI PIETRO (2016, p. 732-733) exclui da categoria de agentes políticos os agentes do Poder Judiciário. A autora sustenta que a ideia de agente político está relacionada à de governo e à de função política, as quais se vinculam, respectivamente, à ideia de órgão e de atividade. Conforme a autora, no Brasil, as funções políticas estão concentradas em expressiva maioria nos poderes executivo e legislativo.

No entanto, Di Pietro reconhece a tendência de considerar os membros da Magistratura e os membros do Ministério Público como agentes políticos. Os da Magistratura pelo fato de corresponderem ao exercício de uma parcela de soberania do Estado, uma vez que dizem o direito em última instância. Os do Ministério Público pela função de controle que lhes é atribuída pela Constituição Federal de 1988.

É importante expressar a reflexão de Marçal Justen Filho (2009, p. 718) sobre a inclusão de Ministros e Secretários na categoria de agentes políticos. Segundo ele, isso reflete a influência de outros países, como a Inglaterra, França e Itália, em que há atribuição aos Ministros de competências próprias, traduzindo o exercício de função política. No entanto, no Brasil, a atuação de Ministros e Secretários é reportável ao chefe do Poder Executivo, parecendo-se mais com a atuação dos ocupantes de cargos em comissão.

Em linhas gerais, é possível perceber que há traços marcantes que diferenciam os agentes políticos dos ocupantes de cargos em comissão. Os agentes políticos gozam de uma estreita ligação política com a Administração Pública e, em tese, não estão subordinados hierarquicamente a outro agente público, com exceção dos Ministros e Secretários. Enquanto isso, os ocupantes de cargo em comissão não possuem uma relação de natureza política com a Administração e sempre estão subordinados a uma autoridade superior.

3.3 REGIME JURÍDICO DOS OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO

Além de estarem submetidos às disposições da Constituição Federal de 1988, os ocupantes de cargos em comissão também podem estar submetidos a algumas normas do regime estatutário. Medauar (2018, p. 275) afirma que o Estatuto, regente da vida funcional dos ocupantes dos cargos efetivos, vem regendo também a vida funcional dos ocupantes de cargos em comissão naquilo que for compatível com esse tipo de cargo.

Inicialmente, é importante salientar que, na hipótese de infrações administrativas, a aplicação de sanções para o ocupante desses cargos deve ser precedida de

processo administrativo, em observância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

O artigo 137, caput, da Lei federal nº 8.112/1990, que versa sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, disciplina que é incompatível para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de cinco anos, o ex-servidor demitido ou destituído de cargo em comissão por “valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública” ou, “atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro”. Ao passo que o parágrafo único do mesmo artigo dispõe sobre a impossibilidade do demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI retornar ao serviço público.

A Lei federal nº 8.112/1990 disciplina ainda, em seu artigo 35, que a exoneração do ocupante de cargo em comissão só se dará a juízo da autoridade competente ou a pedido do próprio servidor. E, estabelece no artigo 19 que o ocupante de cargo em comissão ou função de confiança pode ser convocado sempre que houver interesse da Administração, pois se submete a regime de integral dedicação ao serviço.

No tocante à aposentadoria dos ocupantes de cargos comissionados, o artigo 40, § 13º, da Constituição Federal de 1988, dispõe que é aplicável a esses servidores o regime geral de previdência social.

4. A NECESSIDADE DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA PARA OS OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO EM OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

4.1 A IMPORTÂNCIA DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA PARA OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO

Os agentes públicos desempenham o esforço necessário para que a máquina administrativa consiga se movimentar e realizar o interesse público, objetivo fundamental da Administração Pública. O estudo feito no capítulo anterior demonstrou peculiaridades dos cargos em comissão e o grau de importância que estes detêm na estrutura administrativa. Por essa razão, é notório que devido à expressividade conferida aos cargos em comissão, os seus ocupantes, colocados em posições estratégicas da administração pública, devem previamente possuir uma qualificação técnica necessária para exercer suas atribuições.

Ressalta-se que a importância dos cargos em comissão e de sua atuação é tão grande que o ordenamento jurídico permite que pessoas fora dos quadros da Administração possam vir a assumi-los, com o intuito de, além do elemento confiança, seja proporcionada uma melhor qualidade para o serviço público.

O grande filósofo italiano Maquiavel (2007, p.134), em sua famosa obra *O príncipe*, analisa quais são os ministros que devem estar ao lado do príncipe, enfatizando critérios de escolha. Segundo ele a inteligência era um traço importante para a escolha daqueles que estariam ao seu redor:

Não é de pouca importância para um príncipe a eleição de seus ministros, os quais são bons ou ruins segundo a sensatez do soberano. E a primeira ilação que se pode fazer acerca da mente de um senhor é observar os homens que o circundam: quando estes são capazes e fiéis, pode-se considerá-lo um homem sábio, porque soube reconhecer suas capacidades e sabe mantê-los fiéis; porém, se seus homens não tiverem tais qualidades, pode-se fazer um mau juízo do príncipe, pois o primeiro erro cometido consiste nessa má eleição. (...)

E, como existem três gradações de inteligência — o primeiro entende por si, o segundo discerne o que outro entendeu, o terceiro não entende nem a si nem a outrem; sendo o primeiro excelente, o segundo ótimo e o terceiro inútil —, era necessário que Pandolfo estivesse, se não no primeiro grau, ao menos no segundo.

Por conseguinte, podemos observar que a exigência de capacitação técnica ou experiência profissional específica para ocupar determinado cargo em comissão visa atender aos princípios administrativos constitucionais previstos no artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988. Sobre o assunto, assim entende Vanice Lírio do Valle (2007, p. 8):

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

No mesmo sentido, Clenio Schulze (2011, p. 114-123) defende a observância de requisitos objetivos, como o da meritocracia, em respeito aos princípios da igualdade, impessoalidade, moralidade, transparência e eficiência. O mesmo autor defende que leis criadoras de cargos em comissão deveriam limitar a discricionariedade do administrador, estabelecendo nível mínimo de escolaridade ou exigência de atuação prévia na atividade relativa ao cargo.

Katherine Alzira Avellán Neves e Leonardo Duque Barbabela (2014, p. 5), ao defender a exigência mínima de nível superior de escolaridade para determinados cargos, exemplifica que uma chefia que não possua nível superior não deva se tornar superior hierárquica de servidores que tenham essa titulação.

Conceição Jorge Pinto (2009) sustenta que há necessidade dos ocupantes de cargos em comissão terem conhecimento da natureza das atividades concernentes ao respectivo órgão ou setor em que serão lotados, devendo haver um nexo de pertinência entre a qualificação do servidor e a atividade que ele irá desempenhar,

para efetiva obediência aos princípios constitucionais da administração pública, entre outros, o da moralidade.

Segundo a autora, as nomeações que não analisam esse nexo de pertinência acabam gerando prejuízos para a administração, em decorrência da falta de preparo dos servidores comissionados, carência de compromisso com resultados, desídia, entre outros atos. Essas situações, ao final, demonstram malversação do erário, provocando violação aos direitos de toda a sociedade.

Em um levantamento sobre cargos em comissão e funções de confiança realizado em 25 de maio de 2016 pela Secretaria de Fiscalização de Pessoal do Tribunal de Contas da União, foi diagnosticado que o cumprimento das atribuições e das competências dos órgãos e entidades da Administração pública federal, bem como o atendimento aos princípios constitucionais, dependem diretamente da qualidade e quantidade dos profissionais que exercem as funções de direção, assessoramento, tomada de decisão, definições de ações e de execução de tarefas.

O mesmo estudo chegou à conclusão de que é necessário o estabelecimento de requisitos mínimos de conhecimentos, experiências, habilidades ou outras características pessoais para aqueles que desempenharão as funções de confiança e cargos em comissão dos quadros dos órgãos e entidades, com a finalidade de assegurar a qualidade daqueles que ingressam no serviço público.

No entanto, o levantamento percebeu que a realidade encontrada nos órgãos pesquisados não é essa. De acordo com as informações colhidas no Ministério de Educação e no Ministério do Desenvolvimento Social, percebeu-se que em geral não há requisitos para selecionar ocupantes de cargos em comissão.

Apesar disso, nota-se a existência de instrumentos legais que exigem o cumprimento de requisitos para ocupação de cargos no âmbito federal. É caso do Decreto 4.734/2003, que exige o bacharelado em Direito e reconhecida idoneidade e experiência para os titulares de órgãos jurídicos.

O Ministério de Educação e o Ministério do Desenvolvimento Social responderam ao levantamento que não possuem requisitos para os cargos de Direção e Assessoramento Superiores (DAS), pois estes, segundo o artigo 37, II, da Constituição Federal, são de livre nomeação e exoneração. No entanto, os referidos

órgãos deixam de observar os princípios dispostos no mesmo artigo, que devem reger a atuação da administração pública.

O levantamento realizado pelo Tribunal de Contas da União ainda aduz que os cargos de Direção e Assessoramento Superiores (DAS) são do principal grupo de cargos em comissão do Poder Executivo e estão lotados em níveis estratégicos de grande parte dos órgãos. Dessa forma, segundo a Carta Ibero-Americana da Função Pública, aprovada na V Conferência Ibero-Americana de Ministros de Administração Pública e Reforma de Estado, de 2003, é necessária a proposição de requisitos mínimos para os ocupantes dos cargos em comissão.

A Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o objetivo de elevar os padrões éticos de escolha dos diretores e integrantes do Conselho de Administração dessas estatais, definindo critérios de ordem técnica, trouxe importantes inovações que podem servir de exemplo para a escolha dos ocupantes de cargos em comissão na administração pública federal.

Consoante o artigo 17 da referida lei, conhecida como Lei das estatais, os membros do Conselho de Administração e os indicados para os cargos de diretor, inclusive presidente, diretor-geral e diretor-presidente, serão escolhidos entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento, devendo haver, dentre o cumprimento de outros requisitos, experiência profissional de acordo com o tempo e condições estabelecidas no mesmo artigo, bem como formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado.

Comentando sobre as mudanças trazidas pela Lei 13.303/16, assim escreve Camila Paula de Barros (2017, p. 35-36):

Essas inovações previstas pela Lei 13.303/16 contribuem para afastar escolhas meramente políticas. Estatais bem geridas precisam de corpo administrativo técnico, conhecedor de sua área de atuação e experiente. Ao exigir experiência profissional e formação acadêmica compatível com o cargo, o legislador buscou profissionalizar a gestão das estatais, cujas indicações passam a ter o dever de observância de critérios que fogem da escolha exclusivamente política. Completando as exigências legais, premiou-se o princípio da moralidade ao impedir que pessoas que estão inelegíveis possam ser nomeadas para a administração de empresas públicas ou sociedades de economia mista.

O exemplo da Lei nº 13.303/16, que surgiu após o aparecimento de escândalos de corrupção e ineficiência nas estatais, reafirma para o mundo jurídico a necessidade de os candidatos a ocupantes de cargos em comissão terem prévia qualificação técnica comprovada e idoneidade para a boa gestão da coisa pública antes de assumirem esses postos. A adoção de critérios mínimos na escolha desses servidores vem prestigiar ainda mais os princípios administrativos constitucionalmente estabelecidos, especialmente o princípio da moralidade administrativa.

4.2 A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA EM ATOS DE NOMEAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO

O caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 dispõe que a administração pública obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Toda a atuação dos agentes públicos deve ser guiada por esses princípios. No início do presente trabalho destacamos o princípio da moralidade administrativa em seus aspectos conceituais, históricos e legais.

De acordo com os estudos apresentados, fora esclarecido, em linhas gerais, que seguir o princípio da moralidade significa agir de boa-fé com a coisa pública. O referido princípio está relacionado com a atuação que possui como objetivo fundamental a boa administração, a supremacia do interesse público sobre o privado e o bem estar da coletividade. Agir conforme esse mandamento constitucional impõe ao administrador a exigência de lealdade, boa-fé e probidade em suas condutas.

O estudo sobre os cargos comissionados, realizado posteriormente, demonstrou a importância dos agentes públicos, especialmente no que tange aos ocupantes de cargos em comissão dentro da estrutura da administração pública. Os ocupantes de tais cargos são os mais próximos dos chefes do executivo, por exemplo, os auxiliando e participando de decisões importantes para os destinos do governo e para a qualidade do serviço público.

Os melhores serviços, em tese, são os prestados pelos melhores profissionais. Neste ínterim, a nomeação de pessoas sem a devida qualificação técnica para ocupar cargos em comissão viola frontalmente o dever de agir com honestidade,

lealdade, boa-fé e fazer boa administração da coisa pública, expondo a administração ao risco de uma má qualidade na prestação do serviço público.

Carlos Henrique Bicalho (2010, p. 30) sustenta o argumento de que as nomeações para cargos comissionados devem ser objetivas e obedientes aos princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência. Ademais, precisam considerar qual será o interesse público e a eficiência que o futuro ocupante do cargo em questão trará para a administração pública, fato que pode ser avaliado, por exemplo, pela qualificação e experiência do candidato na área em que irá atuar.

O autor defende a não existência de caráter meramente subjetivo, objetivando beneficiar parentes e amigos, no espaço constitucional, de modo que o inciso V do artigo 37 da Constituição Federal deve ser interpretado em conjunto com o *caput* do mesmo artigo. Estando, assim, a disposição sobre cargos em comissão em consonância com os princípios que regem a administração pública.

NEVES e BARBARELA (2014, pag. 7) entendem que comete ato de improbidade administrativa o agente público que nomeia uma pessoa para ocupar cargo em comissão, sem o nível de escolaridade exigido por lei ou sem nenhuma qualificação técnica, capacitação ou virtude necessária para as funções de direção, chefia ou assessoramento que irá desempenhar. A supracitada conduta incide em improbidade administrativa por violar os princípios administrativos, principalmente o princípio da moralidade.

Alexandre Magno Fernandes Moreira (2009) aprofunda o entendimento e acredita que a nomeação de pessoas sem a competência exigida pelo cargo, feita com base apenas em critérios subjetivos, além de ser um ato de improbidade administrativa, é também crime de prevaricação.

O crime de prevaricação está previsto no artigo 319 do Código Penal da seguinte forma:

Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Moreira (2009) defende que a nomeação indevida de pessoas para ocuparem cargos comissionados incide na modalidade “praticar ato de ofício contra disposição

expressa de lei". A lei, segundo o autor, deve ser compreendida em sentido amplo, abarcando dessa forma a Constituição Federal.

Nesse sentido, a violação do princípio da moralidade, pela nomeação indevida de ocupantes de cargos em comissão poderia indicar a prática do crime de prevaricação pela prática de ato de ofício contrário a disposição expressa em lei.

Nos últimos anos a imprensa tem noticiado casos de indicações e nomeações para cargos comissionados contestados por setores da sociedade ou pelo Poder Judiciário, em virtude de ausência de qualificação técnica para exercício do cargo.

Em 17 de julho de 2015, o Jornal da Globo veiculou a notícia de que a Associação de Pilotos e Proprietários de Aeronaves havia contestado a indicação de um jovem advogado, genro de um senador, para um dos cargos de diretor da ANAC (Agência Nacional de Aviação), indicação esta feita pela então presidente Dilma Rousseff.

A justificativa da Associação para a não aceitação era a pouca experiência do indicado no setor aéreo. Embora a legislação preconize que os diretores da ANAC precisariam ter "elevado conceito no campo de especialidade dos cargos para os quais serão nomeados pelo Presidente da República", o advogado Ricardo Fenelon Juniom, de 28 anos de idade, apresentara como experiência dois estágios no setor aeronáutico. O primeiro na procuradoria da Agência e o segundo no juizado especial que atendia passageiros no aeroporto de Brasília, totalizando um ano e meio de experiência.

O indicado, genro do senador Eunício Oliveira do PMDB do Ceará, havia se casado um mês antes da indicação, em festa que contou a presença da então presidente Dilma. Na época, segundo os críticos da indicação, a "possível nomeação de apadrinhado político sem qualificações para diretoria da Anac" foi recebida com repúdio.

Em 09 de março de 2018 o site de notícias G1 publicou que o Ministério do Trabalho procedera com nomeação de um jovem de 19 anos, indicado pelo PTB, para um cargo comissionado responsável por autorizar pagamentos que podem chegar a R\$ 473.000.000,00 por ano. Destaca-se que o jovem possuía como única experiência de trabalho: a função de vendedor em uma loja de óculos. Chama a atenção o fato de que, um dia após assumir a função, o referido servidor autorizou e o ministério liberou uma ordem de pagamento no valor de R\$ 22.000.000,00 para determinada

empresa. Essa mesma empresa recebeu, há um ano, recomendação de auditores da Controladoria-Geral da União (CGU) para, juntamente com responsáveis do Ministério do Trabalho, devolver R\$ 4,6 milhões por motivo de sobrepreço nos serviços.

O mesmo veículo de notícias, *site* G1, publicou na mesma data matéria informando que a juíza Mariana Garcia Cunha, da 5ª Vara Federal Cível do Pará, decidiu suspender a nomeação de Yorann Christie Braga da Costa⁴, jovem de 22 anos, filho do deputado federal Wladimir Costa (SD/PA), para o cargo de delegado federal de Desenvolvimento Agrário do Pará, cargo este responsável por gerir recursos na ordem de R\$ 100 milhões, justificando que o nomeado não possuía preparação mínima para o cargo. A juíza afirma em sua decisão que:

(...) a nomeação para os cargos em comissão não se pauta cegamente no critério da confiança, já que também deve obediência aos princípios da Administração Pública. (...)

Da mesma forma deve atentar à moralidade pública, para que a nomeação não represente desvio de finalidade, e à eficiência, para que atinja resultados melhores do que se o recrutamento fosse feito dentro do próprio quadro de pessoa (...)

Por se tratar de um cargo de direção, é esperada a experiência no gerenciamento de equipes ou no mínimo na área agrária, o que excepcionalmente poderia ser suprimido em caso de um currículo acadêmico exemplar, o que não é o caso (...)

Não se trata de avaliar se o administrador fez a melhor escolha, mas de verificar se a escolha estabeleceu os critérios mínimos da lei, o que não existiu, pois o delegado não possui preparação mínima para o cargo. (...)

Os fatos acima, difundidos na imprensa, fazem parte de grande conjunto de atos administrativos que rotineiramente nomeiam pessoas sem a mínima qualificação técnica para atuar em cargos comissionados estratégicos, os quais, por sua natureza, necessitam de capacitação específica de seus ocupantes. Os casos apresentados demonstram a indicação para um cargo de direção na Agência Nacional de Aviação (ANAC), uma nomeação para um importante cargo no Ministério do Trabalho e outra em cargo de direção na Delegacia Federal de Desenvolvimento Agrário no Estado do Pará.

Em linhas gerais, a boa administração, honesta com a coisa pública, jamais deve permitir que uma agência reguladora como a ANAC esteja sendo dirigida por alguém

⁴ Ação Popular nº 1000395-17.2018.4.01.3900, que tramita na Seção Judiciária do Estado do Pará – 5ª Vara Federal Cível da SJPA.

sem nenhuma experiência significativa na área. O gestor guiado pela finalidade de bem-estar da coletividade não deve colocar em risco a administração pública nomeando uma pessoa sem o mínimo de técnica ou experiência para autorizar pagamentos de vultosos contratos. No mesmo sentido, atenta contra a supremacia do interesse público sobre o privado nomear o filho de um deputado, sem nenhuma experiência ou qualificação técnica na área agrária, para ocupar um cargo responsável por gerir recursos na ordem de R\$ 100 milhões na Delegacia Federal de Desenvolvimento Agrário no Estado do Pará.

O princípio da moralidade administrativa, nesse íterim, sofre violação todas as vezes que o administrador permite que o cargo comissionado, tão importante na estrutura governamental, seja ocupado por um servidor sem a mínima qualificação técnica necessária para o bom desempenho das atividades exigidas pelo cargo.

4.3 A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E PROPOSTA LEGISLATIVA SOBRE O TEMA

Nos últimos anos a jurisprudência brasileira tem debatido o combate ao nepotismo, prática utilizada por agentes públicos com a finalidade de favorecimento de parentes. O aprofundamento do tema deu origem a Súmula Vinculante nº 13, citada no capítulo anterior.

A referida súmula, no entanto, em tese, deixa de ser aplicada no caso de agentes políticos, a saber, secretários municipais, estaduais e Ministros de Estado, alcançando apenas os cargos em comissão. Ocorre que, segundo o Ministro Luiz Fux, na Reclamação 17.102 SP⁵, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça Estadual, a nomeação para cargo político não afasta aplicação da súmula sobre nepotismo.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 17.102. Decisão monocrática. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em: 15/02/2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+17102%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ndboh4m>>. Acesso em: 05 de jun de 2017.

No caso da supracitada Reclamação, o então prefeito da cidade de Campina do Monte Alegre (SP) foi acusado de nepotismo por nomear o sobrinho para exercer o cargo de secretário municipal de administração, planejamento e finanças; e, o cunhado para o cargo de secretário municipal de segurança pública e trânsito. O Tribunal de Justiça de São Paulo alegou a impossibilidade jurídica do pedido, entendendo que a Súmula Vinculante nº 13 não se aplica aos cargos de agentes políticos.

O Ministro Luiz Fux, dando continuidade a ação, em entendimento contrário ao TJ-SP, sustentou que a vedação ao nepotismo é consequência da obediência aos princípios da moralidade e da impessoalidade, portanto, a configuração do nepotismo deve ser analisada caso a caso. Segundo o ministro, quanto aos cargos políticos, a qualificação técnica necessária do agente para desempenhar o cargo e a aferição da existência de algo que desabone sua conduta também devem ser consideradas. Além disso:

Nessa seara, tem-se que a nomeação de agente para exercício de cargo na administração pública, em qualquer nível, fundada apenas e tão somente no grau de parentesco com a autoridade nomeante, sem levar em conta a capacidade técnica para o seu desempenho de forma eficiente, além de violar o interesse público, mostra-se contrária ao princípio republicano (...).

Por fim, o ministro apresentou a Proposta de Súmula Vinculante nº 56 do STF sobre o tema, que tem a seguinte redação:

nenhuma autoridade pode nomear para cargo em comissão, designar para função de confiança, nem contratar cônjuge, companheiro ou parente seu, até terceiro grau, inclusive, nem servidores podem ser nomeados, designados ou contratados para cargos ou funções que guardem relação funcional de subordinação direta entre si, ou que sejam incompatíveis com a qualificação profissional do pretendente.

A manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre o caso demonstra a intenção da jurisprudência em reconhecer a qualificação técnica como condição necessária para os ocupantes de cargos comissionados ou agentes políticos, em obediência ao princípio da moralidade.

O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1090707 SP⁶, julgado em 25 de agosto de 2009, ao analisar Ação Popular em face de prefeito, no que tange a

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - REsp: 1090707 SP 2008/0203430-0, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 25/08/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 31/08/2009.

nomeação e posse de servidores públicos e outros fatos relacionados a sua gestão, chegou ao entendimento de que a contratação de pessoas sem qualificação compatível com o cargo causa dano ao Erário, ressaltando a posição da jurisprudência sobre a necessidade de qualificação técnica para a ocupantes de cargos em comissão:

Em tese, é possível a condenação do administrador ímprobo a restituir as despesas com contratação de servidores que, embora tenham trabalhado, o fizeram por força de ato ilegal e inconstitucional. Com efeito, a contratação de pessoas que não apresentam qualificação compatível com o cargo que ocupam ou que deixam de prestar adequadamente o serviço (o que é comum em casos de nepotismo e clientelismo, p.ex.) causa dano, direto ou indireto, ao Erário.

Em tribunais de segunda instância merece análise a Apelação Cível 112347 SC 2008.011234-7, julgada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que considerou ato de improbidade administrativa por violação ao princípio da moralidade, a nomeação para cargo comissionado de pessoa, que além de outros motivos, não possuía qualificação técnica apropriada para o cargo:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SERVIDOR PÚBLICO. NOMEAÇÃO PARA CARGO COMISSIONADO. CONTINUAÇÃO DO EXERCÍCIO DO CARGO EFETIVO. AUSÊNCIA DE CONTRAPRESTAÇÃO. PREJUÍZO AO ERÁRIO CARACTERIZADO. ATO DO PREFEITO REALIZADO COM O PROPÓSITO DE RECOMPENSAR AMIGO E CORRELIGIONÁRIO POLÍTICO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA TIPIFICADO NOS ARTS. 10 E 11 DA LEI Nº 8.429/92. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES DO ART. 12, INCISOS II E III DA LEI Nº 8.429/92. READEQUAÇÃO EM CONTEMPLAÇÃO AOS POSTULADOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. 1. Constitui ato de improbidade administrativa nomear, com melhor remuneração, amigo e correligionário político, sem qualquer qualificação técnica apropriada, para cargo comissionado, cujas atribuições continuaram a ser exercidas por terceiros. 2. A aplicação das severas penas de suspensão dos direitos políticos e perda da função ou cargo público deve ser reservada à hipóteses de extrema gravidade em que o agente ímprobo, com desfaçatez e acendrado dolo, maltrate não só os padrões éticos que devem pautar a atuação administrativa, mas, também e sobretudo, cause ao Erário prejuízos extensos de difícil ou incerta reparação.

(TJ-SC - AC: 112347 SC 2008.011234-7, Relator: Newton Janke, Data de Julgamento: 10/09/2010, Segunda Câmara de Direito Público, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Itaiópolis)

Entre as propostas legislativas relacionadas à temática deste trabalho, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 21/2017, que tramita no Senado, é a que mais se

aproxima do que está sendo analisado aqui. A referida PEC defende que as nomeações para cargos em comissão devem passar a observar as qualificações técnico-profissionais exigidas para o seu exercício.

Em meio aos efeitos que a Operação Lava Jato trouxe para a população, os senadores, autores da proposta, enfatizam que o objetivo da PEC é combater as nomeações de caráter meramente político, a troca de favores e a corrupção no âmbito da administração pública. Para tanto, a PEC 21/2017 busca acrescentar aos dispositivos do artigo 37 da Constituição Federal que as nomeações para cargo em comissão de livre nomeação e exoneração “deverão observar as qualificações técnico-profissionais exigidas para o exercício do cargo”, determinando ainda que futura proposta de lei disciplinará e regulamentará critérios para que o mandamento constitucional seja efetivado.

Conforme o relator, o senador Antônio Anastasia, a referida exigência de qualificação técnica irá “contribuir para aprimorar o serviço público brasileiro”, e a exigência de critérios objetivos para as nomeações de cargos comissionados “é um meio para se promover a valorização dos bons profissionais no serviço público, além de reduzir sua vulnerabilidade às circunstâncias do clientelismo que ainda permeia o ambiente político”.

Atualmente, segundo informações da página de Atividade Legislativa do Senado Federal, a PEC se encontra na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (Secretaria de Apoio à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania), pronta para a Pauta na Comissão.

A posição da jurisprudência e as propostas legislativas sobre o tema, embora ainda tímidas, reafirmam que a realidade da administração pública clama pela exigência de requisitos e critérios que exijam a capacitação técnica dos ocupantes de cargos em comissão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo sobre o princípio da moralidade administrativa demonstrou que é dever do administrador público agir visando em primeiro lugar o interesse público, preferindo a conduta que mais beneficia a coletividade, bem como é dever do gestor atuar segundo os padrões éticos, de boa-fé, com probidade e zelo da coisa pública.

Os ocupantes de cargos comissionados, conforme fora explicitado, são aqueles que gozam da confiança do chefe do executivo, podem ser nomeados e exonerados livremente, em regra, e assumem papéis de chefia, direção ou assessoramento. Por esta razão, torna-se evidente o nível de poder e influência que esses servidores possuem na estrutura administrativa.

Aqueles que ocupam cargos em comissão, a depender da natureza do cargo, estão diante da responsabilidade de gerenciar orçamentos milionários, tomar decisões de profundo impacto na vida da sociedade, assim como, pelo seu trabalho, influenciar diretamente a qualidade dos serviços prestados à população.

Mediante a importância do papel e do posto que esses servidores assumem, torna-se de extrema necessidade que os escolhidos para ocuparem esses cargos sejam pessoas com notória capacidade técnica e conhecimento relacionados à área que irão atuar, sob pena de que a administração pública seja colocada em risco de má qualidade dos serviços públicos e de outros inúmeros prejuízos.

Ocorre que a realidade mostra o uso desses cargos como moeda de troca entre partidos políticos e uma forma de saciar interesses exclusivamente privados. O chefe do poder executivo no Brasil passou a ver nos cargos em comissão um instituto criado para lhe satisfazer e para ser usado livremente como bem entender, sem nenhuma vedação ou restrição imposta pela lei.

Nesse sentido, deve-se recordar o que reza o princípio da moralidade administrativa, mandamento constitucional de observância obrigatória para a administração pública, mas desprezado na rotina de nomeações que estampam o argumento da livre nomeação e livre exoneração.

O administrador que escolhe um cidadão sem qualificação técnica mínima e necessária para bem ocupar determinado cargo em comissão não está agindo de boa-fé no trato com a coisa pública. Da mesma forma, essa conduta não está de acordo com a finalidade de atingir o bem estar da coletividade nem da supremacia do interesse público sobre o privado.

Por esta razão, conclui-se que a nomeação de pessoas desprovidas de experiência, qualificação técnica ou conhecimento para ocuparem cargos em comissão viola frontalmente o princípio da moralidade administrativa, pois demonstra a desonestidade, má-fé e falta de zelo com administração pública, assim como o afastamento da busca pelo bem comum.

Urge, pois, para que seja assegurada a boa qualidade do serviço público, o estabelecimento de critérios mínimos de conhecimentos, experiência, vivências, dentre outras características pessoais, para a escolha daqueles que irão exercer as funções de cargos em comissão. Ademais, a implementação desses requisitos prestigiará o cumprimento do princípio da moralidade, demonstrando a honestidade, o zelo, a boa-fé, a boa gestão com a administração pública e a busca pelo interesse da coletividade.

Assim, a sociedade, ciente da importância desse tema, deve estimular e cobrar a criação e aprovação de propostas legislativas com vistas a estabelecer critérios objetivos para o ingresso de pessoas no exercício de cargos em comissão, bem como exigir que os administradores públicos observem o princípio da moralidade no momento de escolher os ocupantes desses cargos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. **A arte de prevaricar na designação de ocupantes de cargos em comissão**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2209, 19 jul. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13179>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. **Teoria discursiva do direito**. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALVARENGA, Aristides Junqueira. **O princípio da Moralidade no Direito Tributário**. Coordenador Ives Granda da Silva Martins; conferencista inaugural José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BARBOZZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BARROS, Wellington Pacheco. **O município e seus agentes**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 232: 141-176, Abr./Jun. 2003.

BICALHO, Carlos Henrique. **Cargos comissionados, confiança objetiva e princípios constitucionais**. MPMG Jurídico, v. 21, set./dez. 2010.

BOBBIO Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2. ed. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824**. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35041-25-marco-1824-532540-publicacaooriginal-14770-pl.html> >. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro 1937**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm > Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, decretada pela Assembléia Constituinte em 1946**. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html> >. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. **Constituição do Brasil de 1967**. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1960-1969/constituicao-1967-24-janeiro-1967-365194-publicacaooriginal-1-pl.html> >. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. **Decreto nº 19.398**, de 11 de novembro de 1930. Institui o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, e dá outras providencias. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19398-11-novembro-1930-517605-publicacaooriginal-1-pe.html> >. Acesso em: 11 nov. 2018.

_____. **Decreto nº 1.171**, de 22 de junho de 1994. Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm >. Acesso em: 03 nov. 2018.

_____. **Decreto nº 6.029**, de 01 de fevereiro de 2007. Institui Sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6029.htm >
Acesso em: 01 nov. 2018.

. _____ **Lei nº 1.079**, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1079.htm> Acesso em: 30 out. 2018.

_____ **Lei nº 4.717**, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm> Acesso em: 30 out. 2018.

. _____ **Lei nº 8.112**, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm>. Acesso em: 01 nov. 2018.

. _____ **Lei nº 8.429**, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm > Acesso em: 01 nov. 2018.

. _____ **Lei nº 9.962**, de 22 de fevereiro de 2000. Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9962.htm> Acesso em: 04 nov. 2018.

. _____ **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm >. Acesso em: 03 nov. 2018.

. _____ **Lei nº 13.303**, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso em: 03 nov. 2018.

_____ Supremo Tribunal Federal. **ADI 2135 MC**. Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE (ART.38,IV,b, do

RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 02/08/2007, DJe-041 DIVULG 06-03-2008 PUBLIC 07-03-2008 EMENT VOL-02310-01 PP-00081 RTJ VOL-00204-03 PP-01029. Disponível em: <
[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000090106&ba
 se=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000090106&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 15 nov. 2018.

_____ Supremo Tribunal Federal. **ADI: 3602 GO**, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 14/04/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-108 DIVULG 06-06-2011 PUBLIC 07-06-2011 EMENT VOL-02538-01 PP-00027. Disponível em: <
[http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+3602+G
 O%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8mlksss](http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+3602+GO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8mlksss)>. Acesso em: 15 nov. 2018.

_____ Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 17.102**. Decisão monocrática. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em: 15/02/2016. Disponível em: <
[http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ES
 CLA%2E+E+17102%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMono
 craticas&url=http://tinyurl.com/ndboh4m](http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+17102%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ndboh4m). > Acesso em: 05 de jun de 2017.

_____ Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.1041210** – Proc. 2074201-70.2016.8.26.0000. Recorrente: Sebastião Alves de Almeida. Recorrido Ministério Público Do Estado de São Paulo. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DJE 28 set. 2018. Disponível em: <
[http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+3602+G
 O%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8mlksss](http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+3602+GO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8mlksss)>. Acesso em: 15 nov. 2018.

_____ Superior Tribunal de Justiça - REsp: 1090707 SP 2008/0203430-0, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 25/08/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 31/08/2009. Disponível em: <
[https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6061343/recurso-especial-resp-1090707-
 sp-2008-0203430-0/inteiro-teor-12195244?ref=juris-tabs](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6061343/recurso-especial-resp-1090707-sp-2008-0203430-0/inteiro-teor-12195244?ref=juris-tabs) >. Acesso em 10 nov. 2018.

_____ Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n° 21, de 2017**. Altera a Constituição Federal para determinar que as nomeações para cargo

em comissão, de direção e função pública na administração pública direta e indireta deverão observar as qualificações técnico-profissionais exigidas para o seu exercício, em conformidade com os critérios estabelecidos em lei, e incluir no texto constitucional a vedação a nomeações e exonerações baseadas no interesse político-partidário. Disponível em: <
<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129370>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30.ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DORKING, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge. Harvard University, 1978.

FARIAS, Domenico. **Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali**. Milano: Giuffrè, 1981.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. **O Controle da Moralidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 1974.

G1 PORTAL. **Jovem de 19 anos administra contratos de R\$473 milhões no Ministério do Trabalho**. Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <
<https://g1.globo.com/politica/noticia/jovem-de-19-anos-administra-contratos-de-r-473-milhoes-no-ministerio-do-trabalho.ghtml>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

G1 PORTAL. **Justiça suspende nomeação do filho do deputado Wladimir Costa por falta de qualificação para cargo federal**. Belém, 2018. Disponível em: <
<https://g1.globo.com/pa/para/noticia/justica-suspende-nomeacao-de-filho-do-deputado-wladimir-costa-por-falta-de-qualificacao-para-cargo-federal.ghtml>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GOMES, Camila Paula de Barros. **A nomeação de dirigentes de estatais a partir da Lei 13.303/16**. Revista Juris UniToledo, Araçatuba, SP, v. 02, n. 02. 2017.

HAURIOU, Maurice. **La déclaration de volonté dans le Droit Administratif Français**. Révue Trimestrielle de Droit Civil, Paris, v.3, 1903.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

MARTINS, Ives Granda. **Estudos sobre o Imposto de Renda**. São Paulo: Resenha Tributária, 1994.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 5.ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes; FILHO, José Emmanuel Burle; BURLE, Carla Rosado. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed./ atual até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015 – São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

. **Curso de Direito Administrativo**, 12ª edição, Malheiros, 2000.

~~.. **Curso de Direito Administrativo**~~, 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

. **Curso de Direito Administrativo**, 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MENEZES, César. **Presidente Dilma indica genro de senador para diretoria da Anac**. São Paulo: Jornal da Globo, 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2015/07/presidente-dilma-indica-genro-de-senador-para-diretoria-da-anac.html>> Acesso em: 02 nov. 2018.

NEVES, Katherine Alzira Avellán; BARBABELA, Leonardo Duque. **A formação de ensino superior de educação como requisito para investidura em cargo em comissão.** MPMG Jurídico, 2014. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1234/11%20-%20Nota%20Juridica%20cargo%20em%20comissao.pdf?sequence=1>>. Acesso em 11 nov 2018.

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

PINTO, Conceição Jorge. Cargos em comissão. **Da contratação motivada pela capacitação técnica ao nepotismo e ao clientelismo.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2122, 23 abr. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12682>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

REALE, Miguel. 1910. **Lições preliminares de direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível 112347 SC 2008.011234-7.** Relator: Newton Janke, Data de Julgamento: 10/09/2010, Segunda Câmara de Direito Público, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Itaiópolis. Disponível em <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora> . Acesso em: 15 nov. 2018.

SHULZE, Clenio Jair. **Meritocracia:** requisito necessário ao provimento de cargos em comissão. Revista síntese direito administrativo, n. 72, dez. 2011.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Levantamento sobre cargos em comissão e funções de confiança.** Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/levantamento-sobre-cargos-em-comissao-e-funcoes-de-confianca.htm>>. Acesso em: 30 out. 2018.

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

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

WELTER, Henri. **Le Contrôle Jurisdictionnel de la Moralité Administrative**. Paris, 1929.