



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**RUDMILA DE OLIVEIRA ROCHA**

**CARGOS COMISSIONADOS À LUZ DO PRÍNCIPIO DA**  
**IMPESSOALIDADE E MORALIDADE**

**Fortaleza**

**2010**

RUDMILA DE OLIVEIRA ROCHA

**CARGOS COMISSIONADOS À LUZ DO PRÍNCIPIO DA  
IMPESSOALIDADE E MORALIDADE**

Monografia submetida à Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Ceará, como requisito  
parcial para obtenção do grau de Bacharel em  
Direito.

Orientadora: Germana de Oliveira Moraes.

**Fortaleza**

**2010**

RUDMILA DE OLIVEIRA ROCHA

**CARGOS COMISSIONADOS À LUZ DO PRÍNCIPIO DA  
IMPESSOALIDADE E MORALIDADE**

Monografia submetida à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof<sup>ª</sup>. Dra. Germana de Oliveira Moraes (Orientadora)**

Universidade Federal do Ceará - UFC

---

**Francisco de Araújo Macêdo Filho**

Universidade Federal do Ceará – UFC

---

**Marcus Claudius Sabóia Rattacaso**

Universidade Federal do Ceará – UFC

A Deus e aos meus pais.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por ser a razão da minha existência, o meu socorro nas horas em que minhas forças acabam.

Aos meus amados pais, Antônio Gilson Rocha e Ângela Maria de Oliveira Rocha, pelo esforço despendido na minha educação, por todo amor, apoio, incentivo e por serem exemplos na minha vida.

Às minhas amigas lindas, Carol Rocha, Renata Santos e Carol Gondim, pelo ombro amigo que sempre me oferecem, quando preciso, e pelos vários momentos de descontração.

À professora Germana de Oliveira Moraes, pela orientação dada à elaboração deste trabalho.

Ao professor e ex-chefe, Francisco de Araújo Macêdo Filho, pelos ensinamentos tão valiosos à minha formação profissional.

Ao Dr. Marcus Claudius Sabóia Rattacaso, por ter aceito o convite para participar da minha banca examinadora.

## RESUMO

Busca analisar a possibilidade de o Poder Judiciário fazer o controle jurisdicional do provimento dos cargos comissionados, espécie do gênero cargo público, utilizando os princípios constitucionais como parâmetro, principalmente o da impessoalidade e moralidade, pois está superada a idéia de que os atos não vinculados só podem ser analisados sob o prisma da legalidade. Aborda a evolução histórica do serviço público como forma de demonstrar que os problemas existentes atualmente no que se refere à personalização do Estado, assim como má utilização da *res publica*, remontam à época da nossa colonização, pois o Estado português naquela época era marcado pelo personalismo, fazendo com que essa característica fosse herdada pela colônia. Expõe as exigências para criação e provimento dos cargos comissionados e a influência que os princípios da impessoalidade e moralidade possuem sobre eles. O método da compilação foi o utilizado de forma predominante.

Palavras- Chave: Direito Administrativo, cargo comissionado, princípios constitucionais, controle jurisdicional, moralidade e impessoalidade.

## **ABSTRACT**

Seeks to analyze the possibility of the Judiciary do the jurisdictional control of the appointment of commissioned positions, sort of public office gender, considering the constitutional principles as a parameter, especially impartiality and morality as it is overcome the idea that acts not only bound can be analyzed from the perspective of legality. It also seeks to analyze the historical evolution of public service as a way of demonstrating that the problems currently existing with regard to customizing the state and misuse of public resources date back to the time of our colonization, because the Portuguese Government at that time was marked by personalism, making this characteristic was inherited by the colony. It spells out the requirements for creation and filling of commissioned positions and the influence that the principles of impartiality and morality have on them. The compilation method used was the predominant form.

**Keywords:** Administrative Law, commissioned position, constitutional principles, judicial control, morality and impartiality.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1 BREVE HISTÓRICO .....</b>	<b>10</b>
1.1 Serviço Público e <i>Res Publica</i> .....	10
1.2 Evolução das formas de ingresso no serviço público no Brasil .....	17
<b>2 CARGO PÚBLICO E CARGO EM COMISSÃO .....</b>	<b>23</b>
2.1 Cargo Público .....	23
2.2 Cargo em Comissão.....	26
2.3 Formas de Provimento dos Cargos Públicos e em Comissão.....	35
<b>3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</b>	<b>42</b>
3.1 Princípio da impessoalidade e sua relação com o dever de imparcialidade .....	43
3.2 Princípio da moralidade administrativa .....	51
<b>4 CONTROLE JURISDICIONAL DO PROVIMENTO DOS CARGOS COMISSIONADOS.....</b>	<b>60</b>
4.1 Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional de atos não vinculados.....	60
4.2 O princípio da moralidade como parâmetro de controle jurisdicional dos cargos comissionados.....	64
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>70</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>73</b>



## INTRODUÇÃO

O serviço público brasileiro, desde seus primórdios, foi marcado pela influência negativa de interesses pessoais daqueles que detinham poder ou que cercavam estes. Essa característica é decorrente da nossa colonização. O Estado português era nitidamente personalista naquela época, oferecendo cargos públicos para aqueles que serviam aos interesses da Coroa portuguesa, assim como utilizando o Estado para atender interesses pessoais do rei. Diante disso, ao sermos colonizados, Portugal criou um aparato administrativo no Brasil que possuía a mesma finalidade daquele existente na metrópole.

Percebemos, assim, que o que chamamos hoje de cargos comissionados já estavam presentes entre nós, desde o momento da nossa colonização, e foi se perpetuando, após isso, dentro da Constituições. Em alguns momentos, elas eram omissas no que se refere a cargos de livre nomeação e exoneração, em outros, nem tanto, contudo, sempre deixando margem para a existência deles e para a impressão de interesses pessoais dos governantes na condução da *res publica*. Todavia, foi com a Constituição de 1988, através do art. 37, II, estabelecendo que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”, que o presente instituto foi disciplinado de forma mais explícita e objetiva, porém deixando, ainda, margem para práticas paternalistas.

Nesse diapasão, busca o presente trabalho traçar um panorama dos cargos comissionados à luz dos princípios constitucionais, buscando-se averiguar até que ponto pode o Poder Judiciário analisar a criação e provimento desses cargos e a influência que os princípios explícitos e implícitos existentes na Constituição de 1988 e que devem ser atendidos pela Administração Pública servem de parâmetro para essa análise.

Para se atingir uma conclusão satisfatória, buscaremos inicialmente traçar um breve histórico, enfatizando as origens do conceito de serviço público, bem como a marca deixada no Brasil pela colonização portuguesa no que se refere ao provimento dos cargos públicos. Nesse viés, mostraremos ainda no primeiro capítulo a evolução das formas de ingresso no serviço público. No momento da nossa colonização, não havia um critério

objetivo para a distribuição dos cargos públicos pelo soberano, este oferecia um emprego público aquele que estivesse subordinado a sua vontade e que, ao desempenhar a função pública, pudesse melhor atender aos interesses particulares do soberano, distanciando-se, assim, do atendimento dos interesses dos súditos. Ao longo do tempo, as Constituições não modificaram de forma expressiva presente situação, isso só veio acontecer com a Constituição de 1988 em que há previsão expressa de concurso público como exigência para se adentrar o quadro de servidores públicos de qualquer dos entes federados, deixando, no entanto, a possibilidade de não ser exigido certame público no caso dos cargos comissionados.

No segundo capítulo, abordaremos inicialmente o conceito de cargo público, demonstrando a dificuldade que existe para se formular um conceito exato, bem como a existência de previsão constitucional para criação desses cargos no âmbito dos três poderes. Em seguida, passaremos para análise do conceito de cargo comissionado, ressaltando seus principais aspectos, como por exemplo: as exigências para que ele seja criado e o que deve ser observado no seu provimento dentre outros pontos relevantes que também serão abordados.

No terceiro capítulo, discorreremos sobre a mudança ocorrida na relação do Estado com a sociedade, passando de um Estado Liberal, que não se envolvia com as questões sociais, para um Estado Social, exigindo, assim, que o Direito Administrativo se modificasse, posto que ele não poderia se quedar inerte diante das mudanças existentes. A democratização do Estado brasileiro leva à democratização da Administração Pública. Assim, a partir da Constituição Federal de 1988, o Direito Administrativo passa a ter uma importância que veio consolidar sua constitucionalização. Após essa abordagem, teceremos uma análise do princípio da impessoalidade e moralidade, abordando os deveres que estão inseridos no primeiro princípio e os vícios decorrentes dele, bem como a influência que a Moral possui dentro do Estado, simultaneamente, demonstraremos a relação existente entre esses princípios e os cargos comissionados.

Por fim, no último capítulo, discorreremos sobre a discricionariedade administrativa, característica que marca os cargos comissionados, principalmente o seu provimento, e a mudança existente acerca dos limites conferidos ao Poder Judiciário para analisar os atos ditos não vinculados. Em seguida, demonstraremos a viabilidade da utilização do princípio da moralidade em consonância com o princípio da impessoalidade como parâmetros de controle jurisdicional dos cargos em comissão.

# 1 BREVE HISTÓRICO

## 1.1 Serviço Público e *Res Publica*

A idéia do que se possa entender como serviço público não é nova no sistema jurídico-administrativo brasileiro, ela remonta ao período do Império. Naquele momento, a produção doutrinária nesse campo era extremamente limitada e bastante influenciada pela Constituição de 1824, que foi marcada por traços advindos da França.

Os poucos doutrinadores brasileiros da atualidade que escrevem sobre a origem do serviço público questionam se o acórdão Blanco<sup>1</sup> de 1873, proferido pelo Conselho de Estado francês, seria o ponto inicial das discussões jurídicas que levaram a se formular as idéias iniciais de serviço público ou se, antes disso, já havia no país alguma produção nesse sentido.

Diante desse contexto, acórdão Blanco (1873) e a égide da Constituição de 1824 marcada pela influência francesa, alguns escritores brasileiros escreveram suas concepções sobre serviço público que serviriam de matéria-prima para o futuro conceito de serviço público. Entre esses escritores estão: Pimenta Bueno, Visconde de Uruguai, Pereira Rego e Conselheiro Ribas. Em suma, esses autores formularam a idéia de que, na época do Império, desenvolveram-se funções administrativas dentro do Estado que estavam voltadas à satisfação das necessidades da sociedade sem, no entanto, restringirem-se a interesses particulares. Além disso, compreendeu-se que a concepção que se faz de serviço público não é estática, ela varia de acordo com o tempo, país e configuração da sociedade em determinada época, pois, quando a sociedade se transforma, modificam-se também os anseios dela.

A Constituição de 1891 relativiza a influência francesa no ordenamento jurídico brasileiro, passando a preponderar a influência americana. Nesse novo contexto, outros

---

<sup>1</sup> O caso Blanco ocorreu na França, quando a menina Agnès Blanco foi atropelada por um veículo da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo, suscitando a discussão se referido caso deveria ser tratado sob a ótica privatista, do Direito Civil, ou publicista, haja vista existir a presença do Estado em um dos pólos da demanda. Ficou decidido, ao final, que a apreciação da responsabilidade do Estado ficaria sob a competência do Tribunal Administrativo, pois se tratava de questão referente ao funcionamento do serviço público, sendo afastado o Direito Civil.

escritores vieram dar contribuição para a formulação do conceito de serviço público, reforçando muitas das idéias já existentes, no sentido de entenderem o serviço público como atividade voltada para a sociedade com o intuito de atender as necessidades dela.

A Constituição Republicana, bem como, as privatizações ocorridas no final do século XX, levando o Estado apenas a regular, através das agências reguladoras, os serviços públicos prestados pelos particulares, foram marcos que afastaram o conceito de serviço público da influência francesa. Diversos autores, com o intuito de oferecer uma definição exata do que venha a ser serviço público, utilizaram-se de critérios como: subjetivo, material ou formal.

Sob o critério material, o serviço público se caracteriza pela sua natureza, ou seja, estaria voltado para atender direta e essencialmente as necessidades individuais ou transindividuais da sociedade. No entanto, se encararmos o serviço público por essa ótica, estaríamos desconsiderando do rol do que seja serviço público aquelas atividades que se voltam para atender necessidades da sociedade de forma indireta ou mediata, como por exemplo, os serviços administrativos prestados internamente em um órgão público. Definir serviço público por esse critério mostra-se temerário, posto que os interesses e anseios da sociedade modificam-se constantemente, o que acarretaria uma variação contínua no conceito.

Pelo critério formal, enfatiza-se o serviço público pelo regime jurídico em que se enquadra, ou seja, regime de direito público, porém esse critério também se mostra insuficiente, pois existe a possibilidade de o Estado delegar a particulares a prestação de serviços públicos, nessa hipótese, não poderíamos julgar os serviços prestados por esses entes como não sendo público, mesmo que submetido ao regime de direito privado.

Por fim, há o critério subjetivo que classifica serviço público de acordo com quem presta o serviço. Assim, só seria serviço público aquele prestado por órgão público, ou seja, pelo Estado. No entanto, esbarramos na situação aventada no critério formal, pois existem serviços públicos que são prestados por particulares, através de delegação e concessão. Ainda é válido lembrar que não se enquadra como serviço público toda e qualquer atividade realizada pelo Estado, posto que o serviço não ganha a qualidade de público por ser prestado pelo Estado, ao contrário, é da titularidade do Estado porque é público. Dessa forma, percebe-se que o título de público conferido a um serviço nasce antes da titularidade desse serviço.

Diante dos parâmetros utilizados por cada critério, percebe-se que nenhum de forma isolada consegue definir satisfatoriamente o que se deve entender por serviço público.

No entanto, entre os três critérios analisados, percebemos que o critério material é o que destaca o principal aspecto do serviço público, qual seja: a finalidade de se dirigir à satisfação dos anseios da sociedade.

Segundo conceito formulado por Marçal Justen Filho, serviço público é:

Uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público.<sup>2</sup>

O serviço público deve ser tido como uma instituição que é formada por um conjunto indeterminado de pessoas que reúnem esforços para atingir determinados ideais. Dessa forma, o serviço público não guarda identidade com pessoas físicas ou jurídicas. Na verdade, seus princípios e objetivos fazem com que o serviço público esteja acima dos interesses particulares.

Vale ressaltar, porém, que o serviço público compõe a sociedade, embora seja atribuída ao Estado a competência para regulamentá-lo e organizá-lo. No entanto, não podemos achar que o Estado seja proprietário do serviço público. Na verdade, não há como conferir a uma pessoa jurídica ou física a propriedade dele, mas, se isso fosse possível, o proprietário seria a sociedade, e o Estado apenas organizá-lo-ia.

O constituinte de 1988, ao delimitar a competência dos entes federados, acabou elencando serviços que, para muitos doutrinadores, seriam públicos e não poderiam sofrer inovações ou modificações por parte do legislador infraconstitucional.

No entanto, para o doutrinador Marçal Justen Filho, esse entendimento não é o mais correto e coerente, posto que para a atividade ser tida como serviço público faz-se necessário que a mesma atenda a requisitos trazidos pela lei ordinária, bem como, pode haver na legislação infraconstitucional outras atividades que venham entrar no rol de serviço público. Para esse autor, as atividades referidas na Constituição Federal de 1988 só se enquadrarão como serviço público se estiverem relacionadas à prestação de utilidades que tenham como objetivo satisfazer direta e imediatamente os direitos fundamentais.

Conforme se depreende, o que marca o serviço público é a finalidade ao qual se destina, assim, o serviço público deve atender ao interesse da coletividade, não se voltando para a satisfação de interesses particulares, haja vista a Administração Pública está pautada

---

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 692.

em princípios constitucionais explícitos, tais como: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e implícitos. Sendo assim, o gestor público deve direcionar suas ações sempre tendo em vista o respeito a tais princípios.

De acordo com o conceito expresso acima do que seja serviço público, percebe-se que é bastante evidente a impessoalidade na qual deve se pautar o exercício desses serviços, haja vista ele está voltado para a coletividade, não devendo, pois, o gestor público utilizar-se da máquina estatal para atingir objetivos particulares. Tal conduta, além de ferir a impessoalidade e moralidade, também estaria em desacordo com o dever de imparcialidade.

A Constituição Federal de 1988 consagrou o Brasil como um Estado democrático e republicano, com isso, o constituinte originário conferiu ao Estado brasileiro diversas implicações.

Para muitos, a idéia de democracia está diretamente ligada ao direito de votar e escolher governantes. No entanto, um país é tido como democrático não somente pelo aspecto eleitoral, há também outros instrumentos utilizados pelos cidadãos que denotam o exercício da democracia. No Brasil, a Carta Magna elenca como instrumentos qualificadores de um Estado Democrático os orçamentos participativos, a gestão da seguridade social, da saúde e da assistência social dentre outros. Dessa forma, entender a democracia brasileira somente pela ótica do exercício do direito de votar seria restringir o alcance que o constituinte quis conferir ao Estado Democrático.

Outro qualificador do Estado brasileiro é o princípio republicano que exige transparência nos atos de gestão pública como forma de controle da atividade desempenhada pela Administração Pública, objetivando que a mesma alcance o bem comum que é sua finalidade primordial.

Difícil tem sido para os doutrinadores estabelecerem um conceito do que deva se entender por República, posto que a idéia do que seja um Estado republicano é influenciada pelo momento histórico, político e social no qual ele se insere. Em razão disso é que vamos observar vários modelos de República que possuem em comum o fato de terem uma estrutura que se opõe à monarquia, mas que, no entanto, possuem diversos traços diferentes sem que todas deixem de ser República, fazendo com que fique difícil traçar os pontos essenciais para definir República. Essa idéia torna-se perceptível quando comparamos a I República no Brasil com a República brasileira dos dias atuais. O mesmo ocorre se compararmos a República dos EUA com a francesa.

A questão primordial não é identificar qual forma de Estado é ou não uma República, essa identificação torna-se fácil quando você compara a forma de Estado existente em um país com a estrutura que marca uma monarquia, mas sim o alcance que o princípio republicano imputa a um país em determinada época, ou seja, quais as implicações para um país ser tido como Estado republicano.

José Afonso da Silva se refere ao termo República utilizado pelo constituinte no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 da seguinte forma:

O termo ‘República’ tem sido empregado no sentido de forma de governo contraposta à forma monárquica. No entanto, no dispositivo em exame ele significa mais do que isso. Aqui ele se refere a uma determinada *forma de governo*, mas é, especialmente, designativo de uma coletividade política com características da *res publica*, no seu sentido originário de coisa pública, ou seja: coisa do povo e para o povo, que se opõe a toda forma de tirania, posto que onde está o tirano não só é viciosa a organização, como também se pode afirmar que não existe espécie alguma de República. Em sentido menos formal, até se pode ter essa concepção como forma de governo.<sup>3</sup> [grifos do autor]

O princípio republicano explícito na Constituição de 1988 traduz a opção do constituinte por uma república constitucional. Através dela haverá igualdade de condições para a investidura em cargos públicos, necessitando, apenas, o preenchimento das condições/requisitos estabelecidos na Constituição Federal ou, quando ela assim determinar, nas leis infraconstitucionais. Percebe-se, assim, que a República se afasta do que existe na monarquia dentre outros aspectos, principalmente, neste, ou seja, enquanto na monarquia a linha de poder é estabelecida pela sucessão hereditária, na República aquele que aspira compor o quadro de servidores estatais precisa preencher requisitos objetivos estabelecidos para todos. Dessa forma, percebemos que no Brasil há a consagração do sistema meritocrático para ingressar no serviço público.

O serviço público é um dos meios que o Estado possui para atingir o bem comum. Diante dessa realidade, é necessário que sejam obedecidas formas de recrutamento dos servidores públicos, que, por serem detentores de uma parcela de poder estatal, precisam estar voltados para o alcance dos interesses da sociedade e não interesses particulares ou de particulares.

Em decorrência disso, a forma de recrutamento de servidores públicos é um ponto fundamental para se atingir o ideal republicano de igualdade de condições entre os cidadãos para o acesso a cargos públicos. Assim, a Constituição de 1988 estabeleceu no artigo 37, II,

---

<sup>3</sup> *Apud*. LÔBO SEGUNDO, Antônio Nilo Rayol. **Parâmetros para o controle jurisdicional do provimento de cargos em comissão**. 18 f. Dissertação (Mestrado em Ordem Jurídica Constitucional)-Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2010.

que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Dessa forma, há uma previsão constitucional para dispensa de concurso público de prova ou de prova e títulos para ingressar nos quadros do serviço público. Estamos falando dos cargos comissionados que são de livre nomeação e exoneração, mas que o provimento deles só será legítimo se atender os princípios norteadores da Administração Pública, ou seja, princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além dos princípios implícitos.

Enquanto os servidores públicos aprovados em concurso público tornam sua investidura em cargo público legítima por terem atendido os requisitos exigidos para o provimento do cargo e este estava disponível para todos aqueles que se enquadravam nas exigências legais, aqueles que são investidos em cargo comissionado não se subsumem ao sistema meritocrático, por isso a legitimidade das nomeações para esses cargos se averigua pelo respeito aos princípios acima mencionados.

O provimento de cargos comissionados é marcado pela discricionariedade da Administração Pública. No entanto, não podemos formular a concepção de que essa discricionariedade seja absoluta, ela é limitada pelas opções inconstitucionais, ou seja, ela é exercida dentre as opções existentes, após a exclusão das inconstitucionais. Assim, a nomeação para o exercício de cargo em comissão é livre, conforme disposto na Constituição Federal, mas essa liberdade conferida à Administração Pública não é irrestrita.

Isso decorre do fato de historicamente o serviço público ser marcado por interesses particulares e que se explica pelas origens históricas do Estado brasileiro, conforme descreve Antônio Carlos Wolkmer:

Em síntese, no processo de formação de nossas instituições jurídicas e políticas, atravessadas por exclusões e desigualdades sociais, destacou-se a contraditória confluência, de um lado, da herança colonial ibérica burocrática-patrimonialista, marcada por práticas ausentes de democracia e participação; de outro, de uma tradição liberal individualista que serviu e sempre foi utilizada, não em função autêntica da sociedade, mas o interesse exclusivo de grande parcela das elites hegemônicas locais, detentoras do poder, da propriedade privada e dos meios de produção da riqueza.<sup>4</sup>

Nesse viés, a possibilidade de nomeação para cargos públicos sem a exigência de concurso público possibilita que o interesse particular venha permear o serviço público, desviando-se do objetivo principal, que é o alcance do bem comum.

---

<sup>4</sup> *Idem, ibidem*, p.21.



Themístocles Brandão Cavalcante, no seu livro *Curso de Direito Administrativo*, relata que a incidência do interesse particular no serviço público não é um problema exclusivo no Brasil, senão vejamos:

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

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

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

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

A eleição presidencial passou a ser um acontecimento político, cujo preço era o Serviço Civil.<sup>5</sup>

A influência dos interesses particulares no exercício do serviço público não é um problema exclusivo no Brasil nem mesmo recente, tal fato remonta à época da colonização, posto que naquela época o serviço público existia para atender aos interesses daqueles que melhor serviam à Coroa. Assim, não se averiguava o mérito das pessoas que ingressavam no serviço público, distanciando-se, pois, do sistema meritocrático que hoje vislumbramos na grande maioria das investidas em cargos públicos. Dessa forma, resta evidente que o serviço público possui sua origem ligada ao atendimento não das necessidades sociais, mas sim dos interesses particulares daqueles que detinham poder. O serviço público era um instrumento utilizado para agraciar aqueles que atuavam conforme os anseios da Coroa, ou seja, era uma forma de manipulação do poder. Tal prática vem atravessando gerações e, ainda hoje, encontramos práticas de favorecimento de interesses particulares no âmbito do serviço público, posto que a Constituição Federal traz a exigência de concurso público para tornar-se servidor público, mas deixa a possibilidade de cargos comissionados, ou seja, que estão dentro do limite da discricionariedade administrativa.

No momento em que a sociedade vislumbra no serviço público práticas paternalistas, ele acaba perdendo sua legitimidade e se afastando do objetivo para o qual deve se voltar, qual seja: o bem comum, o atendimento dos interesses da sociedade.

Embora seja recente a preocupação com a apropriação do serviço público por interesses particulares, percebe-se a tendência atual de moralizar o serviço público, para isso

---

<sup>5</sup> *Idem, ibidem*, p.21.

reforça-se o sistema meritocrático, alarga-se a possibilidade de controle jurisdicional do provimento dos cargos comissionados, bem como, a existência de requisitos objetivos para o a investidura de tais cargos.

A exigência de concurso público para provimento de cargos públicos é um meio para diminuir a influência dos interesses particulares na condução da coisa pública, fazendo com que o serviço público seja um instrumento de governo e não de Estado, assim defende Celso Antônio Bandeira de Mello:

De outro lado, a Constituição e as leis outorgam aos servidores públicos um conjunto de proteções e garantias tendo em vista assegurar-lhes condições propícias a uma atuação imparcial, técnica, liberta de ingerências que os eventuais e transitórios ocupantes do Poder, isto é, os agentes políticos, poderiam pretender impor-lhes para obtenção de benefícios pessoais ou sectários, de conveniência da facção política dominante no momento.<sup>6</sup>

Vale ressaltar, no entanto, que o constituinte possibilitou exceções à exigência do concurso público, como, por exemplo, as nomeações para cargos comissionados, conforme já fora comentado, e por não ter deixado explícito os parâmetros legais para o exercício do controle jurisdicional nessa situação, este precisa ser amplo para albergar o máximo de possibilidades que venham a ferir os princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública.

## **1.2 Evolução das formas de ingresso no serviço público no Brasil**

Para se entender o contexto atual do serviço público precisamos nos reportar à época da nossa colonização, da influência que a Coroa Portuguesa exerceu na formação do Brasil e que repercutiu em muitos institutos que existem dentro do Estado brasileiro nos dias de hoje.

O serviço público brasileiro surgiu com o fim deliberado de atender interesses particulares, no início, interesses precipuamente da Coroa, depois, da burocracia que aqui se instalou e, hoje, dos governantes. Tal prática ainda permanece entre nós, mesmo depois do advento do concurso público para o ingresso no quadro de servidores públicos, pois, no

---

<sup>6</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.244.

começo, havia um descumprimento deliberado da exigência de se fazer certame público, posteriormente, criou-se artifícios para burlar referida exigência até que chegássemos aos cargos de livre nomeação e exoneração, que são uma herança do Estado patrimonial português onde não havia uma separação entre o público e o privado, e o soberano se utilizava do público, conforme seus interesses pessoais, conferindo cargo público aqueles que o rodeavam e como forma de mantê-los sob seu domínio.

O Brasil, ao ser descoberto, foi visto como um lugar em que se poderia montar um aparato administrativo em que mais pessoas ligadas aos interesses da Coroa poderiam se instalar. Assim, a colônia não era tida somente como uma boa perspectiva de se extrair riquezas, mas também um local para onde se poderia escoar o excedente da burocracia portuguesa, haja vista o Estado português já não comportar tantos “parasitas” da Coroa. A prática de se atender, através do aparato estatal, a interesses particulares ao invés do interesse da sociedade, finalidade maior do Estado, remonta a essa época.

Assim, o patrimonialismo que marcou a origem do Estado português exerceu grande influência na formação das instituições brasileiras, conforme menciona Raymundo Faoro:

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

O sistema patrimonial, ao contrário dos direitos, privilégios e obrigações fixamente determinados do feudalismo, prende os servidores numa rede patriarcal, na qual eles representam a extensão da casa do soberano. Mais um passo, e a categoria dos auxiliares do príncipe comporá uma nobreza própria, ao lado e, muitas vezes, superior à nobreza territorial. Outro passo ainda e os leigos, doutores e letrados, conservando os fumos aristocráticos, será sepultados na vala comum dos funcionários públicos, onde a vontade do soberano os ressuscita para as grandezas ou lhes vota o esquecimento aniquilador.<sup>7</sup>[grifos do autor]

No momento da colonização brasileira, a Coroa tinha como prática comum a criação de cargos e sua distribuição, conforme seus interesses pessoais. Assim, os cargos não eram criados com o intuito de atender ao interesse público, mas para acomodar homens.

---

<sup>7</sup> FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001, p.20.

No século XVI, possuir um emprego público era marca de nobreza, autoridade, mas não devemos pensar que somente os de puro sangue possuíam um cargo público, este podia ser concedido para aqueles que viviam sob a proteção real e para representantes da burguesia. Dessa forma é que se criou um estamento que reunia nobreza e burguesia, convergindo os interesses diversos dessas duas classes. Assim, burguesia, que liderava a prática mercantilista da época, conseguia espaço dentro de uma sociedade em que os privilégios eram destinados à nobreza e esta mantinha seu *status* ao mesmo tempo que usufruía das benesses da atividade mercantil. Assim nos descreve Faoro:

O cargo público em sentido amplo, a comissão do rei, transforma o titular em portador de autoridade. Confere-lhe a marca da nobreza, por um fenômeno de interpenetração inversa de valores. Como o emprego público era, ainda no século XVI, atributo do nobre de sangue ou do cortesão criado nas dobras do manto real, o exercício do cargo infunde o acatamento aristocrático aos súditos. Para a investidura em muitas funções públicas era condição essencial que o candidato fosse “homem fidalgo, de limpo sangue” (Ordenações Filipinas, L. I, tít. I), ou de “boa linhagem” (*idem*, tít. II).<sup>8</sup>

A burguesia, nesse sistema, não subjuga e aniquila a nobreza, senão que a esta se incorpora, aderindo à sua consciência social. A íntima tensão, tecida de zombarias e desdêns, se afrouxa com o curso das gerações, no afidalgamento postigo da ascensão social. A via que trai todas as classes e as mergulha no estamento é o cargo público, instrumento de amálgama e controle das conquistas por parte do soberano.<sup>9</sup>

Percebemos, então, que não havia um critério objetivo para a distribuição dos cargos públicos pelo soberano, este oferecia um emprego público aquele que estivesse subordinado a sua vontade e que, ao desempenhar a função pública, pudesse melhor atender aos interesses particulares do soberano, distanciando-se, assim, do atendimento dos interesses dos súditos. Cargo público era uma moeda de troca entre o soberano e seus fiéis vassalos.

Com a Independência do Brasil, passamos à fase do Império, porém, naquele período, não possuíamos uma legislação própria do país, utilizávamos as ordenações portuguesas e os atos régios, o que demonstra uma enorme ligação a Portugal. Continuava no Brasil a mesma prática de distribuição de cargos públicos para atender os interesses imperiais, embora a Constituição de 1824 tenha trazido previsão no seu artigo 179, XIV que “todo o cidadão pode ser admitido aos Cargos Públicos Civis, Políticos, ou Militares, sem outra diferença, que não seja dos seus talentos, e virtudes”. A norma constitucional mostra-se vazia de sentido, pois pretende oferecer igualdade de acesso aos cargos públicos, no entanto, não estabelece uma forma de seleção entre aqueles que almejam fazer parte do quadro de servidores públicos para que eles pudessem concorrer de forma igual, estabelecendo, apenas,

---

<sup>8</sup> *Idem, ibidem*, p.202.

<sup>9</sup> *Idem, ibidem*, p.203.

que o único critério para selecionar seja os talentos e virtudes, porém não define qual talento ou virtude importa para preencher um cargo público, dando margem para que o imperador continuasse utilizando o público para satisfação dos seus interesses pessoais e subjugando os poderes locais, haja vista caber ao imperador nomear bispos, magistrados, representantes do ministério público local, comandantes das forças armadas entre outros.

Com o advento da República, o cenário não se modificou substancialmente. A Constituição de 1891 em seu artigo 73 estabelece que “os cargos públicos civis ou militares são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas”, no entanto, poucas foram as leis aprovadas que dispensavam os diplomas científicos e exigiam somente o concurso público, o que mostra resistência à moralização do serviço público, permanecendo a prática de utilização dos cargos públicos para satisfação de interesses particulares.

O poder central fragmenta-se em decorrência do surgimento da República federativa, assim, a divisão de cargos que, anteriormente, atendia aos interesses do imperador, agora, atende os anseios das oligarquias locais dentro do contexto do coronelismo. Continua, dessa forma, a prática de o serviço público se dobrar para atender aos interesses daqueles que detém autoridade política.

A Constituição de 1934, pela primeira vez no ordenamento jurídico, traz a figura do concurso público para preenchimento de alguns cargos, como: magistratura estadual, Ministério Público Federal, primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas entre outros, porém ainda não se vislumbrava uma aplicação eficaz dessa previsão, pois meios de burla eram criados. Isso ocorria através de provimento derivado<sup>10</sup> ou, ainda, com a criação de cargos isolados sem exigência de concurso público para seu provimento.

A Constituição de 1937 restringiu a exigência de concurso público para um leque menor de cargos, e a Constituição de 1946 veio novamente alargar esse leque, mas continuava sem eficácia tais previsões, ainda estavam enraizadas na nossa cultura as práticas patrimonialistas.

Sob a égide da Constituição de 1967, passou-se a exigir concurso público para o ingresso no serviço público, diferentemente do que ocorria nas Constituições anteriores, porém foi deixada a brecha de inexigibilidade de concurso público para a nomeação de cargos

---

<sup>10</sup> Ver definição do que é provimento derivado na página 28.

de livre nomeação e exoneração, brecha essa que foi alargada com a Emenda Constitucional nº 01/69, pois através dela ficou estabelecido que não só os cargos em comissão não precisariam se submeter a concurso público, assim como, aqueles que a lei assim determinasse. Percebe-se mais uma vez que foi deixada uma margem para que a prática de distribuição de cargos se mantivesse.

A Constituição de 1988 manteve a previsão trazida na Constituição anterior, estabelecendo no seu artigo 37, II: “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração” e continua no inciso V: “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”. Percebe-se que a Carta Magna de 88 trouxe duas inovações no que se refere à cargo comissionado, com o intuito de moralizar o instituto, quais sejam: a exigência de se manter um percentual mínimo desses cargos providos por servidores de carreira, evitando, assim, que todos os cargos comissionados sejam ocupados por pessoas estranhas à Administração Pública, além disso, restringiu a criação de cargos de livre nomeação e exoneração para o exercício de função de chefia, direção e assessoramento.

Uma pessoa mais desatenta poderia pensar que a prática de distribuição de cargos públicos para atender interesses particulares estava ligada a falta de normas para restringir tal prática. No entanto, conforme observado até o presente momento, normas existiram em diversas Constituições para coibir a apropriação do público pelo privado, mas sempre foram deixadas brechas que permitiam a continuação de ações tipicamente patrimonialistas, quando isso não acontecia, o judiciário e o legislativo legitimavam práticas nitidamente ilegais, podemos encontrar a confirmação disso, ao buscar no site do STF diversos julgados que legitimam o provimento derivado, que, por diversas vezes, foi utilizado para burlar o sistema meritocrático, e regras de transição criadas pelo legislativo para oferecer legitimidade aqueles que começaram a ocupar cargos públicos sob a égide de uma Constituição, sendo legal e legítimo tal provimento àquela época e que, pela nova ordem constitucional, passou a ser ilegal referida investidura.

Diante do que foi exposto, muitos podem pensar que a melhor solução para moralizar o serviço público seja extirpar do ordenamento jurídico a previsão de cargos em comissão. No entanto, eles se mostram necessários para o atendimento de determinadas

funções, conforme será demonstrado no tópico referente a cargo em comissão. A solução de fato encontra-se no aperfeiçoamento do seu uso, para que práticas imorais não se revistam de legalidade baseada na discricionariedade que marca a Administração Pública. Os cargos de livre nomeação e exoneração possuem vantagens e desvantagens, como é suscitado por Themístocles Brandão Cavalcanti:

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

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

A livre nomeação constitui, por definição, um ato discricionário do poder competente, quando não haja a lei imposto restrições e fixado normas especiais. Essa discricção é que se torna perigosa porque traz consigo todas as vantagens e desvantagens do sistema.<sup>11</sup>

A previsão constitucional contida no artigo 37, II, esbarra na inércia do legislativo em criar lei que venha regulamentar a criação dos cargos em comissão, propiciando que práticas de cunho patrimonialista continuem existindo no cenário do serviço público, modifica-se, apenas, pelo fato de, antes, servir para unir nobreza e burguesia no mesmo estamento e, hoje, ser meio de convergência de idéias políticas/partidárias díspares, mas que podem ser conciliáveis diante do interesse de ocupar um cargo público.

De acordo com a nova ordem constitucional, a discricionariedade que marca atos administrativos, como a nomeação de pessoa não afeta aos quadros do serviço público para exercer cargo de livre nomeação e exoneração, esbarra em princípios constitucionais positivados, que nas Constituições anteriores não existiam da forma como se coloca hoje e com a força que ganharam nos últimos anos, entre esses princípios estão o da moralidade, impessoalidade e eficiência, bem como, o da proporcionalidade e razoabilidade, embora não explícitos como os demais. Assim, o operador do direito não pode se prender simplesmente ao exame de legalidade, ao fazer o controle do provimento dos cargos em comissão, necessita-se ir além, pois a Constituição de 1988 trouxe novos parâmetros que, se utilizados de forma satisfatória, podem conferir maior efetividade à previsão de concurso público e acarretar, conseqüentemente, a moralização do serviço público no que se refere ao seu provimento.

---

<sup>11</sup> CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1967, p.384.

## 2 CARGO PÚBLICO E CARGO EM COMISSÃO

### 2.1 Cargo Público

O Estado é uma entidade real, no entanto, abstrata, que necessita de órgãos e agentes para exteriorizar suas vontades e ações. Dessa forma, não se pode confundir a atuação dos seres físicos que estão desempenhando ações que expressam a vontade do Estado com a própria vontade desses seres, eles devem atuar de forma imparcial, haja vista serem apenas o meio para perfectibilizar o objetivo maior do Estado, qual seja: o alcance do bem comum. Para atingir tal objetivo, o Estado possui diversos encargos que são executados através da divisão de competência entre diversos órgãos que são compostos por cargos que são ocupados por agentes. Celso Bandeira de Mello professa o seguinte entendimento:

Como pessoa jurídica que é, o Estado, entidade real, porém abstrata (ser de razão), não tem vontade nem ação, no sentido de manifestação *psicológica* e vida *anímica* próprias. Essas, só os seres biológicos a possuem. Tal fato não significa, entretanto, que lhe falte vontade e ação, *juridicamente* falando, ou seja, sob o prisma do Direito. Dado que o Estado não possui, nem pode possuir, um querer e um agir psíquico, por si próprio, como entidade lógica que é, sua vontade e sua ação se constituem na e pela vontade e atuação dos seres físicos prepostos à condição de seus agentes, na medida em que se apresentam revestidos desta qualidade. Além disso, pelos múltiplos cometimentos que assistem ao Estado, forçosamente os diversos encargos de sua alçada hão de se repetir entre diferentes unidades, representativas, cada qual, de uma parcela de poder para decidir nos assuntos que lhe são afetos. O reconhecimento destas duas circunstâncias conduz à teoria dos órgãos, isto é, das diferentes unidades que sintetizam círculos de poder, onde se forma e manifesta o querer e o agir do Estado, nos diferentes setores em que lhe incumbe prover.<sup>12</sup>[grifos do autor]

Os agentes para desempenharem a vontade do Estado são investidos de atribuições específicas que compõem um cargo ou função. Assim, cargo é uma unidade administrativa determinada, indivisível, criada por lei e retribuída por pessoa jurídica de Direito Público, conforme explica Celso Antônio Bandeira de Melo:

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

---

<sup>12</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 61-62.



resolução, da Câmara ou do Senado, conforme se trate de serviços de uma ou de outra destas Casas (...).<sup>13</sup>

O autor justifica os termos utilizados na sua definição de cargo público da seguinte forma:

À moda da definição legal encarecem-se, ‘número certo, designação própria’, a fim de caracterizar individualidade dos cargos. Menciona-se o requisito de criação por lei dado que só o Legislativo tem poderes para criá-los, falecendo-se ao Executivo esta possibilidade. Acentua-se o seu caráter de unidade abstrata mais simples e indivisível de competências, a fim de distingui-los dos órgãos, que também são unidades abstratas de competências, mas que possuem dentro de si outras unidades, justamente os cargos. Enquanto as competências dos órgãos se decompõem nas competências dos cargos estes formam uma individualidade indivisível, por ser a unidade mais simples, cujas competências, unitariamente consideradas, assistem a um só agente.<sup>14</sup>

A forma de criação dos cargos públicos no âmbito do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário está expressa na Constituição, senão vejamos:

“**Art. 48.** Cabe ao **Congresso Nacional**, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

**X - criação, transformação e extinção de cargos**, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, *b*;

**Art. 84.** Compete privativamente ao **Presidente da República**:

**VI** - dispor, mediante decreto, sobre:

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

**Art. 96.** Compete privativamente:

**II** - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

**b) a criação e a extinção de cargos** e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver;

**Art. 51.** Compete privativamente à **Câmara dos Deputados**:

**IV** - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, **criação, transformação ou extinção dos cargos**, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;

**Art. 52.** Compete privativamente ao **Senado Federal**:

**XIII** - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, **criação, transformação ou extinção dos cargos**, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;”

Não existe um consenso entre os doutrinadores de qual seja a mais correta e precisa definição de cargo público, haja vista se debater se a natureza das normas jurídicas

<sup>13</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 233.

<sup>14</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 17.

definitórias é prescritiva ou descritiva, ou seja, se o constituinte se imbuíu da função de doutrinador ou se restringiu a sua competência de legislar.

A definição de cargo público deve pautar-se nos parâmetros que o próprio ordenamento jurídico oferece. No entanto, diante da imprecisão do legislador, ao formular alguns conceitos, faz-se necessário recorrer às definições estabelecidas pelos doutrinadores.

Ainda que as definições legais sejam incompletas, elas são importantes para formular um conceito sobre cargo público. Deve-se ter em mente que dificilmente uma definição legal guardará completude, para tanto é mister reunir os diversos parâmetros que o ordenamento jurídico oferece para, então, se formular um conceito mais preciso. Isso está ligado ao fato de que as normas não podem ser vistas e interpretadas isoladamente do conjunto em que se inserem.

Contudo, mesmo que se reúnam as normas que estabelecem parâmetros para se chegar a uma definição mais exata do que seja cargo público, ela não estará completa e precisa, posto que as normas jurídicas prescrevem o dever ser, sendo, pois, prescritivas e não descritivas na maior parte das vezes. Diante disso, é que, muitas vezes, recorre-se à doutrina e jurisprudência como forma de complementar os espaços deixados pelo legislador.

Se buscarmos a definição de cargo público expressa na Lei 8.112 de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, veremos que ele é entendido como o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.

Márcio Cammarosano no seu livro “Provimento de Cargos Públicos no Direito Brasileiro” buscou formular um conceito preciso de cargo público, reunindo, para tanto, diversas definições estabelecidas por vários doutrinadores, bem como, as definições legais. No seu entendimento:

Cargo público é o mais simples e indivisível plexo unitário de competências da organização central do Estado, criado por lei, ou também por decreto-lei, quando da União, com denominação própria e número certo, relativas ao exercício de atividades civis permanentes, a serem desenvolvidas por um agente, sob relação de emprego de natureza estatutária.<sup>15</sup>

Assim, pelo exposto, resta evidente que cabe ao intérprete da Constituição reunir os diversos aspectos que estejam expressos nela, de forma explícita ou implícita, para

---

<sup>15</sup> CAMMAROSANO, Márcio. **Provimento de cargos públicos no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p.19.

formular o conceito de cargo público, valendo-se também dos ensinamentos trazidos pela doutrina, deixando de lado, no entanto, aquelas normas acrescidas pelo legislador infraconstitucional que não estejam em conformidade com o estabelecido pela Constituição Federal.

Como bem observa Carmén Lúcia Antunes Rocha, os cargos públicos podem ser efetivos ou comissionados, conforme a sua natureza, assim:

Tem-se o provimento efetivo quando o cargo é figurado, no sistema jurídico, como admitido ou determinado que o seu suprimento por um servidor atenda a caráter vocacionado à permanência. O provimento é comissionado quando o cargo é vocacionado a ser exercido como um comissionamento conferido a um agente. A Efetividade indica a condição do provimento que é afirmada para cargos que compõem a estrutura permanente e cujas funções são exercidas segundo essa mesma qualidade.<sup>16</sup>

Dentre os tipos de cargos públicos existentes, interessa para o presente trabalho a análise dos cargos comissionados.

## 2.2 Cargo em Comissão

Não se tem como precisar quando exatamente surgiram os cargos comissionados e quem foi o seu primeiro ocupante, fato é que já se podia perceber na Constituição de 1981, de forma expressa, a previsão de cargo de confiança, conforme se depreende do artigo 49: “O Presidente da República é auxiliado pelos ministros de Estado, agentes de sua confiança que lhe subscrevem os atos e cada um deles presidirá a um ministério em que se dividir a administração federal”.

Max Weber<sup>17</sup>, através dos seus estudos, ofereceu maior embasamento para que se pudesse entender a existência e essência dos cargos comissionados. O autor entende que o governante realiza atividades importantes através de pessoas da sua confiança. As obrigações, direitos e autoridade não são delimitados com exatidão, e o exercício dessas atividades possui natureza temporária. Embora Max Weber defendesse um exame especial de seleção de

---

<sup>16</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 173.

<sup>17</sup> WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. (tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa). Vol. II. Distrito Federal: Universidade de Brasília, 1999.

funcionários públicos, atualmente conhecido por concurso público, ele reconhecia a necessidade de existir cargos de confiança dentro da Administração, pois dizia que havia decisões que deveriam ser tomadas por pessoas que fossem da confiança da autoridade.

Ao fazer uma rápida análise das Constituições Federais existentes no Brasil, perceberemos que a Constituição de 1934, embora não repita o texto da de 1981, traz a previsão expressa de nomeação de funcionários públicos para exercer cargos de confiança sem a necessidade de concurso público; na Constituição de 1937 não há menção explícita a esse tipo de cargo, só é feita referência a ele, quando se salienta as vedações aos membros do Parlamento<sup>18</sup>; na Constituição de 1946, o §2º do artigo 97 afirma que: “prescindirá de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração”, isso era válido para os funcionários públicos; na época da ditadura, Ernesto Geisel baixou o Pacote de Abril, determinando que um terço dos senadores virasse biônicos, ou seja, eram escolhidos diretamente pelo governo, por fim, temos a Constituição de 1988 em que o artigo 37, II<sup>19</sup>, deixa explícita a previsão de cargos em comissão na Administração Pública.

Hely Lopes Meirelles salienta em suas lições que havia no nosso ordenamento jurídico a figura dos *extranumerários* que muito se assemelham ao que atualmente temos como servidores em exercício de cargo comissionado, vejamos o que diz:

Os *extranumerários* são servidores admitidos a título precário, fora do quadro permanente, para o desempenho de funções eventuais ou extraordinárias. São funcionários públicos como os outros, apenas com menos direitos e vantagens, dada a natureza instável de sua investidura. Enquanto os funcionários do quadro permanente são nomeados para *cargos*, os servidores extranumerários são admitidos para *funções* ou *serviços*.<sup>20</sup> [grifos do autor]

A Constituição Federal de 1988, diferentemente das anteriores, trouxe diversos avanços no âmbito específico da função administrativa do Estado, tais como: a exigência de concurso público de provas ou de provas e títulos para provimento de cargos públicos, buscando, com isso, profissionalizar o serviço público, acarretando o melhor desempenho das

<sup>18</sup> **Art. 44** - Aos membros do Parlamento nacional é vedado:

**b)** aceitar ou exercer cargo, comissão ou emprego público remunerado, salvo missão diplomática de caráter extraordinário;

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

<sup>19</sup> **Art. 37**- A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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

<sup>20</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 376.

atividades estatais, torná-lo impessoal e atender a princípios constitucionais que marcam a Administração Pública, quais sejam: impessoalidade, moralidade, imparcialidade e legalidade.

No entanto, os cargos comissionados, muitas vezes, maculam os avanços que o constituinte de 1988 vislumbrou para o serviço público, posto que eles dão espaço para a patrimonialização da *res pública*, servindo, em alguns casos, de burla ao princípio concursivo. Tal fato pode ser percebido em duas situações, principalmente: criação indiscriminada de cargos em comissão e o provimento dos mesmos sem respeitar os limites constitucionais.

O concurso público possui como pano de fundo o intuito do constituinte em estabelecer igualdade entre aqueles que almejam concorrer a um posto público, obtendo-o aquele que se enquadrar nos requisitos objetivos estabelecidos previamente no edital, perfectibilizando, assim, o sistema meritocrático que está previsto na Carta Magna de 1988.

Essa idéia de igualdade que marca o concurso público remonta à Revolução Francesa com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão que afirmou o direito de todos os cidadãos, iguais que são perante a lei, de terem acesso aos postos públicos, de acordo com a capacidade que cada um possui, sem que se faça distinção entre eles, decorrentes de interesses particulares dos agentes públicos.

Quando a Constituição de 1988 foi promulgada, muitos ofereceram resistência quanto à exigência do concurso público para o ingresso no serviço público, porém o Supremo Tribunal Federal se pronunciou, dizendo: “... paradigma de legitimação ético-jurídica da investidura de qualquer cidadão em cargos, funções ou empregos públicos...”<sup>21</sup>

O constituinte de 1988, ao criar a figura dos cargos comissionados, que são de livre nomeação e exoneração, ou seja, não estão vinculados à exigência de concurso público, estava voltado para a necessidade existente na Administração Pública de agentes públicos que não fossem aptos somente ao desempenho das funções ordinárias da Administração, aptidão essa que pode ser aferida, em tese, por meio de concurso público, como também à concretização das decisões juspolíticas, havendo, dessa forma, uma articulação entre instância política e plano técnico de atuação. Diante desse contexto é que se mostrou salutar permitir ao chefe de governo dispor, “... para o exercício de certas funções, de pessoas de sua absoluta

---

<sup>21</sup> Supremo Tribunal Federal, ADI-MC 2364/AL, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01.ago.2001; DJ 14-12-2001 PP-00023 EMENT VOL-02053-03 PP-00551. Disponível em < www.stf.jus.br.>. Acesso em 30.11.2010; e ainda ADI 1350/RO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 24.fev.2005, DJ 01-12-2006 PP-00065 EMENT VOL-02258-01 PP-00051 LEXSTF v. 29, n. 340, 2007, p. 28-40. Disponível em < www.stf.jus.br.>. Acesso em 30.11.2010.

confiança, afinadas com as diretrizes políticas que devem pautar a atividade governamental”.<sup>22</sup>

José Afonso da Silva justifica a existência de cargo comissionado nos seguintes termos: “Justifica-se a exceção, porquanto tais cargos devem ser providos por pessoas de confiança da autoridade a que são imediatamente subordinadas”.<sup>23</sup>

Dessa forma, é que a Constituição de 1988 no artigo 37, V, estabelece que os cargos comissionados destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento nos quais é indispensável a existência do elemento confiança entre o nomeado e o nomeante, legitimando, assim, os cargos de livre nomeação e exoneração, posto que neles não se exige apenas a qualificação técnica para o desempenho das atividades inerentes ao cargo, ao contrário, muitas vezes, o elemento fidúcia é que se mostra mais necessário diante das circunstâncias em que tais cargos serão exercidos. Exemplo disso são as atividades desenvolvidas muito próximas ao exercício do poder, como: aquele que digita documentos sigilosos ou que serve diretamente no gabinete pessoal de uma autoridade entre outros.

Vanice Lírio do Valle em artigo publicado na Revista Direito Público- Fórum Administrativo afirma que:

O papel dos cargos em comissão, como ligação entre política e técnica, se desenvolve, portanto, em sentido *vertical*, mas também no sentido *horizontal*, promovendo uma certa homogeneidade na compreensão das políticas públicas *entre* as instâncias da Administração, prática que tende a reforçar o indispensável elemento de auto-vinculação de que esses mesmos programas de ação devem se revestir.<sup>24</sup> [grifos do autor]

José Cretella Júnior leciona que:

Comissão é o vocábulo empregado na expressão “cargo em comissão, designando, o conjunto, *cargo isolado* que a lei manda prover livremente, considerando seu ocupante demissível *ad nutum*. Trata-se de *expressão elíptica*, correspondente à expressão plena *cargo de provimento em comissão*, atributo esse – “em comissão”-, que não se refere à *continuidade* ou *precariedade* do cargo, já que os cargos públicos são todos *permanentes*, regra geral, até que sejam extintos. (...) Precária, pois, é a nomeação, o provimento. Não o cargo.<sup>25</sup> [grifos do autor]

Pelo que o autor ensina, a Administração Pública possui cargos isolados que podem ser providos por pessoas não afetas aos quadros administrativos, decorrente da

<sup>22</sup> CAMMAROSANO, Márcio. Cargos em comissão – breves considerações quanto aos limites à sua criação. **Revista Interesse Público**, Minas Gerais, n. 38, p. 25-31, jul./ago. 2006, p. 27.

<sup>23</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. rev. e atual. nos termos da reforma constitucional, até a emenda constitucional n. 48, de 10.08.2005. São Paulo: Malheiros, 2006, p.680.

<sup>24</sup> VALLE, Vanice Lírio do. Cargo 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. 59-69, nov. 2007, p. 62.

<sup>25</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. 2. ed., atual., ampl. e rev. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.4: o pessoal da administração pública, p.42.

confiança que o titular do cargo, autoridade, deposita no nomeado. O provimento desses cargos é marcado pela precariedade, pois o detentor de um cargo comissionado poderá ser dispensado a qualquer momento, demissibilidade *ad nutum*, assim como, o prazo de ocupação do mesmo pode ser por tempo determinado ou não.

Um dos elementos que marca os cargos comissionados é a confiança, Cármen Lúcia Antunes Rocha explica o que seria essa confiança:

(...) A confiança haverá de ser considerada em relação às condições de qualificação pessoal e à vinculação do agente escolhido com a função a ser desempenhada. Não é possível, juridicamente, tomar como mera função, sem o correspondente no quadro administrativo, um conjunto de atribuições que deve ser instituído como inerente a um cargo público. Nem se há de considerar de confiança o que precisa ser tratado e provido segundo exigências e critérios profissionais insuperáveis. Nem se há de considerar de confiança pessoal condições personalíssimas do agente eleito, como parentesco etc., pois tanto caracterizaria mero nepotismo, proibido constitucional e infraconstitucionalmente, o que vem sendo cumprido, aliás, com rigor pelo Poder Judiciário.<sup>26</sup>

Márcio Cammarosano explica quais os cargos públicos que reclamam provimento baseado em confiança/lealdade, vejamos:

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.<sup>27</sup>

No entanto, temos que ter em mente que a exigência do elemento confiança pode ser relativizada nos casos em que a especialidade incomum exigida para o satisfatório desempenho das atribuições do cargo se mostre mais relevante e, ainda, quando não houver servidor com função assemelhada disponível, assim explica Régis Fernandes de Oliveira:

Muitas vezes o elemento confiança é suplantado, embora continue sendo requisito indispensável à caracterização dos cargos comissionados, pelo fato de que não há outro servidor capaz de exercer as suas atribuições, seja pela especialidade incomum, seja pela simples indisponibilidade de servidor com função assemelhada. (...) o fundamento histórico e prático da existência dos cargos de confiança ou em comissão é proteger a qualidade do serviço público e a estabilidade político-administrativa do Poder Público, cercando o superior hierárquico de pessoas de sua confiança, nomeadas por ele próprio.<sup>28</sup>

Embora os cargos em comissão sejam de livre nomeação e exoneração, a Constituição de 1988 estabeleceu limites para a sua criação. Tais limites são parâmetros

<sup>26</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p.177.

<sup>27</sup> CAMMAROSANO, Márcio. **Provimento de cargos públicos no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p.95.

<sup>28</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Servidores públicos**. São Paulo: Malheiros, 2004, p.18.

ditados pelo constituinte para que se possa exercer o controle de legalidade e legitimidade na criação, bem como, no provimento dos mesmos.

A Carta Magna de 1988 na parte final do artigo 37, II, optou pela edição de lei específica para criar cargo em comissão, somente ela será apta a afetar determinados cargos ao regime de livre nomeação e exoneração. Sabendo que os cargos comissionados só podem ser utilizados para as funções de chefia, assessoramento e direção, a lei que cria tais cargos deverá explicitar quais atribuições estão relacionadas ao exercício dos mesmos, sem isso estaria comprometido o exercício da função de controle. Urge salientar, no entanto, que a discriminação das atribuições em lei pode ser feita de forma genérica, necessitando, apenas, que não reste dúvida que o elemento confiança seja imprescindível no desempenho de tais cargos o que justificaria a dispensa de concurso público.<sup>29</sup>

Conforme dito acima, para se criar cargo comissionado se faz necessária a existência de uma lei específica, no entanto, também se deve observar se há necessidade por parte da Administração Pública, o que demonstra que o poder discricionário que marca a criação de tais cargos não é absoluto.

Diante dessa realidade, questiona-se se existe uma forma de controlar a criação de cargos comissionados, levando em consideração a real necessidade da Administração. Régis Fernandes nos explica que:

Não há uma fórmula precisa capaz de determinar uma proporção ideal entre a máquina administrativa e a real necessidade da Administração. (...) Se os cargos correspondem às atribuições de direção, chefia e assessoramento, e foram declarados em lei de livre provimento e exoneração, os pressupostos básicos estarão preenchidos e só poderão ser contestados judicialmente se o seu número for desproporcional em relação ao tamanho da Administração, o que equivale dizer, somente um número abusivo pode ser objeto de questionamento.<sup>30</sup>

Outro ponto para o qual se deve atentar no momento de se analisar a lei que cria cargos em comissão é que ela deverá prever não somente a criação desses cargos como também um percentual mínimo entre eles que serão providos por servidores de carreira. Tal previsão possui o condão de evitar que se crie cargos de livre nomeação e exoneração para serem preenchidos somente por pessoas não afetas ao serviço público, assim, busca-se limitar

---

<sup>29</sup> Tribunal de Justiça do RS, Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 70019027838, Relator: LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, Tribunal Pleno, julgado em 25.06.2007, DJ 20.08.2007, assim ementado: “ADIN. LEI MUNICIPAL. CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. ATRIBUIÇÕES DOS CARGOS NÃO ESPECIFICADAS PELA LEI. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. É inconstitucional a lei municipal que cria cargo em comissão sem, no entanto, definir suas atribuições, impossibilitando a verificação de fato foram criados para o exercício das funções de direção, chefia ou assessoramento, previstas constitucionalmente”. Disponível em <www.tjrs.jus.br.> Acesso em 14.10.2010.

<sup>30</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, p.22.



a discricionariedade que marca o provimento de tais cargos com o intuito de evitar apadrinhamentos.

Faz-se necessário, por fim, que a lei de criação de cargos comissionados indique quais recursos orçamentários irão prover os gastos decorrentes dos referidos cargos, conforme exigência do artigo 169 da CF/88 e a Lei de Responsabilidade Fiscal.<sup>31</sup>

Outro parâmetro estabelecido pela Carta Magna de 1988 para criação de cargos em comissão é seu caráter complementar em relação aos cargos efetivos de provimento mediante concurso público, ou seja, não se pode criar cargos comissionados com o intuito de substituir estes, pois levaria à burla do sistema meritocrático, ferindo, pois, o princípio da legalidade e outros constantes na Constituição Federal.

Sendo assim, não se pode conferir aos cargos de livre nomeação e exoneração funções e atribuições que são próprias de cargos efetivos. Cada cargo possui sua forma específica de seleção e seu regime próprio, que os tornam diferentes um dos outros, não se podendo conferir a um cargo comissionado determinadas atribuições de outro.

Dessa forma, fica vedada a coexistência de cargos efetivos e cargos em comissão com idênticas funções, bem como, não se pode utilizar estes para extinguir aqueles de forma parcial ou total, embora se saiba da existência dessas situações na prática, levando o judiciário a fazer o controle jurisdicional para que não haja burla ao princípio concursivo, pois isso ofende princípios constitucionais.

Ainda que se verifique a carência de servidores em determinado cargo efetivo da Administração Pública, seja por existir alta rotatividade ou dificuldade de recrutamento no referido cargo, não se justifica suprir tal carência com a criação de cargos comissionados, ainda que de caráter provisório, enquanto supri a demanda de servidores efetivos. Para

---

<sup>31</sup> Tribunal de Justiça do RS, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70013329750, Relator: LEO LIMA, Tribunal Pleno, julgado em 05.06.2006, DJ 22.08.2006, cuja ementa assim se expressa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL, CRIAÇÃO DE CARGOS EM COMISSÃO. Processo legislativo seguido conforme previsão da Lei Orgânica do Município e, principalmente, do Regimento Interno da Câmara Municipal. Matéria, aliás, “interna corporis”, insuscetível de ingerência do Poder Judiciário. Inocorrência, nas circunstâncias, de ofensa aos princípios constitucionais da razoabilidade e da moralidade, previstos no art. 19, “caput”, da Constituição Estadual. Todavia, mostra-se inconstitucional a Lei Municipal que, entre outras coisas, cria cargos em comissão, sem definir as respectivas atribuições e sem que constituam, apesar da denominação de alguns, cargos de direção, chefia ou assessoramento. Atividades burocráticas e de caráter permanente. Afronta ao art. 32, da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade, também, por criação de novas despesas sem a necessária fonte de custeio, antecipadamente prevista em sede orçamentária, restando, com isso, afrontado o art. 154, X, “a” e “b”, da Constituição Estadual. Ação julgada procedente”. Disponível em <[www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)> Acesso em 14.10.2010.

resolver esse tipo de problemática tem-se a prática de contratação temporária fundada em necessidade também temporariamente delimitada, pautada em excepcional interesse público.

A jurisprudência revela que uma das principais causas de nulidade da criação de cargos comissionados é a inexistência de relação entre cargo e a função de direção, chefia e assessoramento a exigir, assim, o elemento confiança, que leva a não exigência de concurso para provimento desses cargos.

Não se deve, porém, firmar o entendimento de que o elemento fidúcia só se faz necessário e presente naqueles cargos que estejam mais ligados ao desenvolvimento de atividades políticas, sendo incompatível o aspecto da confiança em cargos que predomine o tecnicismo, ao contrário, a fidúcia tanto pode se mostrar importante em cargos que guarde relação entre o tecnicismo e deliberações políticas, bem como, naqueles em que estejam evidente somente atividades de cunho técnico ou políticas.

Assim, o ponto principal que deve se averiguar nos cargos em comissão, no momento de se fazer o controle de legalidade constitucional de sua criação, é se existe de forma concreta atribuições que denotem chefia, assessoramento e direção, exigindo, pois, a presença do elemento confiança, que fundamenta a criação e existência de cargos de livre nomeação e exoneração, haja vista, conforme já foi descrito até o presente momento, é o elemento fidúcia que respalda a necessidade de cargos em que não se exija o concurso público, pois não há como se averiguar a existência desse elemento através de um certame público.

Os parâmetros constitucionais colocados para criação de cargos em comissão podem passar a falsa idéia de que na prática torna-se fácil averiguar a legalidade de sua criação, no entanto, essa não é a realidade.

A discricionariedade que marca a criação de tais cargos esbarra no princípio da razoabilidade e proporcionalidade que servirão de parâmetros para se avaliar se o administrador no exercício de sua competência discricionária se baseou no interesse público para propor a criação de referidos cargos, que passará pelo crivo do legislativo. Assim, para se avaliar a legitimidade e legalidade de um cargo em comissão devemos voltar para a lei que o criou. Dessa forma, a lei deverá expressar de forma inequívoca as atribuições do cargo para que se permita aferir a existência de funções inerentes à chefia, direção e assessoramento. No entanto, deve se ter o cuidado para que não ocorra um superdimensionamento dessas funções,

demonstrando uma tentativa de burla ao princípio concursivo, nem uma insuficiência na caracterização das mesmas.

Outro elemento que se deve ter em conta, quando da criação de cargos em comissão, é exigir condições mínimas para o preenchimento dos mesmos, isso levará a um limite na discricionariedade que marca tanto a criação e o provimento de tais cargos. Além de estabelecer esse limite, as referidas condições mínimas levarão a uma razoabilidade no preenchimento de cargos comissionados, pois não haveria lógica em oferecer uma função de chefia ou direção a uma pessoa que possua menos escolaridade que seus subordinados ou, ainda, que não possua qualificação técnica para interagir com eles e poder avaliar o desempenho das atividades exercidas pelos mesmos.

Assim, conforme tudo que foi exposto, percebe-se que os cargos em comissão, se criados dentro dos parâmetros constitucionais, são de grande valia para o satisfatório desempenho de algumas funções da Administração Pública que exijam o elemento fidúcia. No entanto, não se deve perder de vista que tais cargos revestem-se de caráter complementar aos cargos efetivos e que a discricionariedade que marca os primeiros possui um limite para seu exercício. Embora seja assim, os cargos em comissão ainda se mostram como uma porta para que interesses particulares e práticas clientelistas invadam o serviço público, por isso tais cargos ainda são vistos com certa reserva pela sociedade.

Para encerrar essa visão geral sobre cargos comissionados, tendo sido suscitado, até o momento, os aspectos mais importantes sobre eles, discorreremos agora, de forma sucinta, sobre o regime jurídico e os requisitos para investidura dos mesmos.

Tendo em vista que os cargos comissionados são espécies do gênero cargo público e que este possui como regime jurídico o estatutário, não poderíamos concluir que aqueles possuíssem outro regime, assim afirmou Reinaldo Moreira Bruno e Manolo Del Olmo: “Submetem-se a esse regime estatutário os titulares de cargos públicos, independentemente da forma de provimento, quer de natureza efetiva quer em comissão”<sup>32</sup>, bem como, Odete Medauar: “(...) o Estatuto rege a vida funcional dos ocupantes de cargos efetivos e vem regendo a vida funcional de ocupantes de cargos em comissão, quanto a estes, no que for compatível com esse tipo de cargo”<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> BRUNO, Reinaldo Moreira; DEL OLMO, Manolo. **Servidor público: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.18.

<sup>33</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.269.

Em relação aos requisitos exigidos para investidura em cargo comissionado, eles são os mesmos referentes aos cargos públicos, podendo, no entanto, a lei infraconstitucional exigir outros, porém eles não podem ferir as normas e princípios constitucionais, por exemplo, a lei que cria esse tipo de cargo deverá estabelecer a idade mínima do servidor para investidura, no entanto, se não fizer, deve-se levar em consideração o disposto no Código Civil, que estabelece a maioridade aos 18 anos e a emancipação em caso de exercício de emprego público efetivo, estando fora os casos em que menor de 18 anos exerce cargo público de livre nomeação e exoneração, posto que nesse caso não há o caráter da efetividade; e o que prevê o Código Penal no que se refere à imputabilidade penal. No que se refere à idade máxima para ser investido em cargo comissionado, não existe limite, devendo o legislador infraconstitucional levar em consideração, por sua vez, as atividades que serão desempenhadas para que guarde razoabilidade e proporcionalidade entre estas e a idade do servidor, não exercendo influência nesses casos a previsão de aposentadoria compulsória aos 70 anos, posto que se admite o exercício de cargo de confiança por funcionários aposentados. Nesse sentido, ensina Fabrício Motta:

(...) não há vedação para o exercício exclusivo de cargo comissionado por pessoa de idade igual ou superior a 70 (setenta) anos, em razão de o instituto da aposentadoria compulsória somente ser aplicável ao regime de previdência dos servidores titulares de cargos efetivos.<sup>34</sup>

Por fim, vale salientar que os ocupantes de cargos em comissão, embora estes sejam marcados pela livre nomeação e exoneração, respondem pelos danos que o exercício de suas atividades causem ao serviço público, bem como pela prática de alguma falta criminal, devendo o processo ou procedimento instaurado para apuração de tais condutas prosseguir mesmo após a exoneração do servidor.

### **2.3 Formas de Provimento dos Cargos Públicos e em Comissão**

Para a maioria dos autores, prover um cargo público seria preenchê-lo observado os ditames do Direito. De acordo com essa definição, percebe-se que o cargo passa a ser um

---

<sup>34</sup> MOTTA, Fabrício. É possível a nomeação de pessoa com 70 anos ou mais para cargo comissionado?. **Fórum Administrativo – Direito Público - FA**, Belo Horizonte, n. 49, 5261-5263, mar. 2005, p. 5261.

posto que será ocupado por uma pessoa física. No entanto, como já fora mencionado no tópico acima, quando discorremos de forma geral sobre cargo público, este não é um posto, mas sim uma unidade indivisível abstrata de competências, assim não podemos, a rigor, preencher algo abstrato, porém, embora exista uma atecnia ao entender cargo como algo concreto, não há prejuízo científico tal entendimento.

Outro ponto de controvérsia em relação a provimento de cargo público é saber se é ato administrativo ou procedimento. Aqueles que defendem ser um ato administrativo prover um cargo público baseiam-se na idéia de que ato administrativo é uma “declaração unilateral e concreta, preordenada à produção de efeitos jurídicos, manifestada no exercício de função administrativa”<sup>35</sup>, assim, a autoridade competente, no exercício de suas funções legalmente constituídas, emana uma declaração, seja por portaria ou decreto, que acarretará no provimento do cargo. Por outro viés, aqueles que entendem que o provimento de cargo é um procedimento administrativo, assim o fazem, pois acreditam que para prover um cargo necessita-se de uma série de atos ordenados que culminarão com a investidura.

Contudo, devemos ter em mente que o provimento do cargo público, ou seja, o seu preenchimento, não se confunde com ato administrativo ou procedimento, pois aquele se perfectibiliza como uma declaração e este como uma série de atos, e preencher um cargo não é uma declaração nem mesmo uma série ordenada de atos. Na verdade, o ato de prover poderá desencadear uma sucessão de atos administrativos, procedimento, que culminará no preenchimento do cargo, mas isso não se confunde com o decreto ou portaria que emanou algum ato administrativo, assim nos ensina Márcio Cammarosano:

A portaria ou decreto de nomeação é ato de provimento mas não é provimento. Este se verifica por força do ato administrativo consubstanciado no decreto de nomeação, mas não é o próprio ato, nem se confunde com o procedimento administrativo que o tenha precedido.<sup>36</sup>

Vale ressaltar, ainda, que não se deve confundir provimento com investidura, quando nos referimos a provimento, devemos ter em mente um cargo, por outro lado, investidura relaciona-se à pessoa. Assim, o cargo é provido, e a pessoa é investida das atribuições do cargo que ela irá titularizar. Ocorre que investidura e provimento ocorrem no mesmo momento, ou seja, não há como se prover um cargo, sem que ocorra a investidura de uma pessoa, a recíproca também é verdadeira.

---

<sup>35</sup> CAMMAROSANO, Márcio. **Provimento de cargos públicos no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p.24.

<sup>36</sup> *Idem, ibidem*, p.25.

A portaria ou decreto que traga um ato de nomeação não levará indubitavelmente à investidura. Para essa ocorrer, necessita-se da posse, que conforme estabelece o artigo 13 da Lei 8112/90, dar-se-á pela assinatura do respectivo termo, no qual deverão constar as atribuições, os deveres, as responsabilidades e os direitos inerentes ao cargo ocupado, que não poderão ser alterados unilateralmente por qualquer das partes, ressalvados os atos de ofício previstos em lei.

De acordo com essa idéia, não podemos aplicar no direito administrativo a mesma idéia que se formula no Direito Privado acerca de posse, pois não há como possuir algo incorpóreo/abstrato.

Assim, posse seria a cerimônia em que ocorre a solenidade de aceitação do ato de nomeação, momento em que ocorre a investidura, ou seja, em que alguém titulariza as atribuições pertinentes ao cargo que foi provido. Dessa forma, a investidura é algo instantâneo, ocorrida a aceitação da nomeação, através da posse, investido estará aquele que foi nomeado, sendo assim, os efeitos da relação jurídica formada vão se protrair no tempo, enquanto que sua eficácia é imediata, no instante em que ocorre a posse.

A constituição da relação jurídica exige a manifestação da vontade do Estado, ato de nomeação, e a do agente público, ato de posse/aceitação. No entanto, não se deve confundir a bilateralidade da relação jurídica com a unilateralidade de cada um dos atos que se unem para formá-la. Não é pelo fato de a relação ser bilateral que devemos pensar que os atos que a constituem são ato-contrato.

O Estado, no momento que emana o ato de nomeação de um agente público para prover um cargo público, fica no aguardo do ato de aceitação, para que aquele tenha eficácia. Assim, percebemos que esses dois atos têm vida própria e independente. Com o ato de nomeação já existe um ato jurídico, mas que está pendente na produção do seu efeito típico, qual seja: constituição da relação jurídica, esta se formará quando houver a aceitação através da posse. Dessa forma, há nele uma condição suspensiva de eficácia. Assim, entendemos que esses dois atos guardam um caráter de complementaridade, conforme nos ensina Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: “a aceitação é ato unilateral pelo qual se aquiesce a determinado ato jurídico. Constitui elemento complementar para a eficácia de atos administrativos, que

dependem da manifestação de vontade dos particulares submetendo-se a eles.”<sup>37</sup>. Depois continua:

O ato unilateral pode ser absoluto ou relativo, segundo sua independência ou não do concurso da vontade de outra pessoa. O ato unilateral relativo é o que depende do concurso de outro ato unilateral, que constitui pressuposto para a sua emanação, ou, ainda, condição da sua eficácia, ou, afinal formalidade necessária para a sua validade. São atos jurídicos autônomos, por um se distinguir do outro, embora constituam partes de procedimento administrativo de efeito parcial, em face do ato administrativo principal. Destarte, a expedição de certidão relativa a fato de interesse de terceiro *pressupõe* o requerimento deste, solicitando-o. Concorre para o seu exercício, provocando-o. Por sua vez, a aceitação da naturalização e prestação solene do compromisso de cumprir os deveres desse novo estado jurídico é *condição de eficácia* do ato unilateral de naturalização. (...) Ao contrário, o ato convencional pede o encontro de duas vontades, que se integram em um ato jurídico, mediante acordo quanto ao fim querido.<sup>38</sup>[grifos do autor]

Assim, percebemos que o ensinamento transcrito acima, explica como devemos enxergar o ato de nomeação em relação ao ato de posse dentro do contexto de formação da relação jurídica entre o Estado e o agente público, ou seja, o primeiro ato é ato unilateral relativo, pois necessita de outro ato unilateral para que atinja sua eficácia plena.

Na doutrina vamos encontrar, com relação ao tema provimento de cargos, a divisão em provimento inicial, originário ou autônomo e provimento derivado, como nos ensina Celso Antônio Bandeira de Melo:

Provimento inicial ou autônomo é a modalidade de provimento em que o preenchimento do cargo se faz de modo autônomo, isto é, independentemente de anteriores relações entre o provimento no cargo e o serviço público. A única forma de provimento inicial é a nomeação. (...) Provimento derivado é a forma de provimento em que o preenchimento do cargo se liga a uma anterior relação existente entre o provido e o serviço público. Como o próprio nome declara é derivado, pois deriva, procede, de um vínculo anterior, ao contrário do provimento inicial em que o preenchimento é originário e autônomo sem derivação alguma.<sup>39</sup>

Não devemos cometer o equívoco de pensarmos que primeira investidura só ocorre quando uma pessoa ingressa pela primeira vez no serviço público, essa é uma das formas de primeira investidura, mas não a única, no momento em que alguém é investido em cargo público de uma carreira X, ocorre a primeira investidura, no entanto, se houver uma nomeação da mesma pessoa para outro cargo público de carreira Y, ocorrerá novamente primeira investidura. Assim nos ensina José Afonso da Silva:

Convém, entretanto, esclarecer que o provimento inicial se verifica sempre que o preenchimento do cargo não dependa ou não esteja vinculado a uma situação funcional já existente. Esse esclarecimento é necessário, porque também se

<sup>37</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p.572-573.

<sup>38</sup> *Idem, ibidem*, p.433-434.

<sup>39</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos. Regime jurídico dos funcionários públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 29-33.

considerará inicial o provimento, quando um funcionário é *nomeado* para outro cargo isolado ou de carreira de natureza profissional diversa do que vinha ocupando após concurso público. Por exemplo, um escriturário, que seja bacharel e concorra em concurso para provimento de cargo de advogado e é habilitado, será nomeado, isso *caracteriza provimento inicial*, porque, o provimento no novo cargo nada tem a ver com sua situação funcional, não tem qualquer vinculação com o exercício do cargo que ocupava.<sup>40</sup>[grifos do autor]

Deve-se ter cuidado com a forma como se entende o conceito de primeira investidura, pois alguns, com má-fé, formulam uma interpretação errada para burlar a exigência de concurso público para determinados cargos, dando a esses provimento derivado, quando deveria ser provimento originário. Dessa forma é que práticas como as seguintes acabavam acontecendo dentro do serviço público: prover cargos públicos vagos com servidores públicos investidos em outro cargo público de provimento efetivo, sem a exigência do concurso público, que garante a acessibilidade a todos; e a possibilidade de alguém adentrar nos quadros públicos através de um concurso de baixa complexidade e, depois, ser transferido para outro cargo de outra carreira que possua uma seleção mais rigorosa. Vale lembrar, que a Lei 8.112/90 revogou o instituto da transferência. Assim nos esclarece o emérito professor Miguel Reale:

(...) sob as vestes aparentes de mera transformação haviam sido criados novos cargos que, a rigor, deviam ser submetidos a concurso, com livre acesso a todos os interessados: ao contrário dessa orientação normal imperativa, deu-se como que uma prolação indébita dos efeitos do concurso anterior, de modo que este serviu, indevidamente, de base a um novo provimento dispensado o servidor de afrontar novas provas, e privando-se os demais de com ele concorrer, o que atenta com o princípio da igualdade de todos perante a lei (isonomia).<sup>41</sup>

Está intrinsecamente ligado à primeira investidura ou provimento originário a exigência de concurso público, ressalvados os cargos de livre nomeação e exoneração em que a Constituição Federal estabelece dispensável o certame público. No entanto, os casos de provimento derivado, embora não se coadunem com a idéia de concurso público, não se deve pensar que não se submetem a nenhum tipo de seleção, ao contrário, para tornar legítimo o provimento do cargo deve ocorrer concurso interno.

A autorização do constituinte em dispensar concurso público para provimento de alguns cargos não permite o legislador ordinário a exercê-la de forma indiscriminada. Deve-se ter em mente sempre que a inexigibilidade de concurso é exceção, só devendo existir nos casos em que a natureza do cargo justifique, pois, se não for assim, haverá afronta aos preceitos constitucionais, principalmente, ao de igual acessibilidade aos cargos públicos. Urge salientar que o legislador ordinário ao exercer sua competência de legislar no sentido de

<sup>40</sup> SILVA, José Afonso da. **Os Servidores públicos municipais**. São Paulo, RDP, 20/315-331, p.320.

<sup>41</sup> REALE, Miguel. **Abuso do poder de legislar**. São Paulo, RDP, 73/39-40, p.78.



estabelecer cargos em que é dispensável o concurso público precisa ter em vista que a lei deve prever situações abstratas e sua competência se limita à linha que define a abrangência do princípio da isonomia. Diante do caso concreto é que a autoridade irá decidir pela dispensa ou não, exceto se o legislador estadual ou municipal proibir a dispensa, pois a lei nacional indica os casos de possível inexigibilidade, mas poderá o legislador de cada entidade entender que se deve exigir o concurso público, diante dessa situação, não haverá discricionariedade na decisão da autoridade, ela será obrigada a fazer concurso.

Com relação ao provimento derivado, Celso Antônio Bandeira de Mello faz a seguinte divisão: derivação horizontal, derivação vertical e derivação por reingresso. No que se refere à derivação horizontal, ele nos diz: “(...) é a passagem horizontal – quer-se dizer, sem elevação funcional – do funcionário de um para outro cargo. Denomina-se transferência. Portanto, transferência se define como a mudança horizontal do funcionário de um para outro cargo.”<sup>42</sup> Vale ressaltar, todavia, que o instituto da transferência foi revogado da Lei 8.112/90, assim como o da ascensão, estando de acordo com a nova ordem constitucional.

No que diz respeito à derivação vertical, o autor explica que: “É a passagem do funcionário de um para outro cargo, com elevação funcional”<sup>43</sup>. Na Lei 8112/90 é o que se define como promoção.

Por fim, temos a derivação por reingresso que “É o retorno ao serviço ativo de funcionário que dele estava desligado”<sup>44</sup>. As modalidades dessa forma de derivação são: readaptação, reversão, aproveitamento e reintegração<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos. Regime Jurídico dos funcionários públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p.33.

<sup>43</sup> *Idem, ibidem*, p. 35.

<sup>44</sup> *Idem, ibidem*, p. 37.

<sup>45</sup> **Art. 24.** Readaptação é a investidura do servidor em cargo de atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental verificada em inspeção médica.

**Art. 25.** Reversão é o retorno à atividade de servidor aposentado:

**I** - por invalidez, quando junta médica oficial declarar insubsistentes os motivos da aposentadoria; ou

**II** - no interesse da administração, desde que:

**a)**tenha solicitado a reversão;

**b)** a aposentadoria tenha sido voluntária;

**c)** estável quando na atividade;

**d)** a aposentadoria tenha ocorrido nos cinco anos anteriores à solicitação;

**e)** haja cargo vago.

**Art. 28.** A reintegração é a reinvestidura do servidor estável no cargo anteriormente ocupado, ou no cargo resultante de sua transformação, quando invalidada a sua demissão por decisão administrativa ou judicial, com ressarcimento de todas as vantagens.

**Art. 30.** O retorno à atividade de servidor em disponibilidade far-se-á mediante aproveitamento obrigatório em cargo de atribuições e vencimentos compatíveis com o anteriormente ocupado.

Ainda existe a previsão de recondução do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado e decorre de inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo ou reintegração do anterior ocupante, sendo também uma forma de provimento derivado.

Percebemos, assim, que retirando a nomeação, que é modalidade de provimento originário, as demais formas de provimento de cargo público previstas na Lei 8.112/90 são modalidades de provimento derivado, ou seja, não estão submetidas à exigência de concurso público, baseiam-se em vínculo já existente entre o servidor e o Estado e necessita de uma razão lógica que a justifique, como nos explica Márcio Cammarosano:

A reserva de determinados cargos para provimento derivado só é possível se houver razão lógica que a justifique, aferível à luz do interesse público, que o Estado deve perseguir, e que não se confunde com o particular interesse do funcionário em galgar cargos mais elevados, sem maiores exigências ditáveis pelo princípio da isonomia.<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> CAMMAROSANO, Márcio. **Provimento de cargos públicos no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p.92.

### 3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os princípios constitucionais existentes na Carta Magna de 1988 resultam da mudança social e política pela qual o Estado brasileiro passou nas últimas décadas. Antes da Constituição de 1988, não existia de forma expressa nas Constituições e normas infraconstitucionais os princípios constitucionais, como conhecemos hoje, que regem a Administração Pública, a normatização da atividade administrativa ficava mais ao encargo do legislador infraconstitucional, embora desde a Constituição de 1824 já existisse nas Constituições algumas normas tratando de temas específicos relativos à Administração Pública.

No entanto, a relação do Estado com a sociedade mudou, passamos de um Estado Liberal, ausente das questões sociais, para um Estado Social que se envolve com os anseios da sociedade e busca de forma concreta atender às necessidades existentes nela.

Diante dessa realidade, o Direito Administrativo, que tem como finalidade disciplinar referida relação, estabelecendo parâmetros para o desempenho da atividade estatal com o fito de se alcançar o bem comum e o interesse público, objetivo maior pelo qual o Estado existe, não poderia se quedar inerte, permanecendo com diretrizes e práticas que não se coadunavam mais com o novo contexto.

É nesse cenário em que se faz necessária a mudança no Direito Administrativo, posto que não possuímos mais um Estado que está voltado para atender interesses particulares dos governantes e daqueles que os cercam, como foi após a nossa colonização e perdurou durante muito tempo depois, ao contrário, o Estado ganha uma nova feição, torna-se impessoal, voltado para a sociedade, e o Direito Administrativo é um elo entre a sociedade e o Estado, haja vista o fato do cidadão não poder existir sem se relacionar com o Estado-Administrador.

A democratização do Estado brasileiro leva a uma democratização também da Administração Pública, antes a sociedade era mais espectadora do que partícipe das decisões tomadas pelo Estado, no entanto, como afirma Carmén Lúcia Antunes Rocha:

(...) Quanto mais democrática for a Administração Pública, mais o senhor da coisa pública participa de sua gestão, do exercício das decisões sobre a sua condição. Quanto mais participação efetiva e eficiente se encontrar naquela gestão, mais legítima é a atividade administrativa desenvolvida pelo Estado. A relação de

administração passa a ser uma interação permanente de administrador e cidadão (...).

<sup>47</sup>

Dessa forma, a partir da Constituição Federal de 1988, o Direito Administrativo passa a ter uma importância que veio consolidar sua constitucionalização, nos dizeres da mesma autora: “A fundamentalidade dos temas da Administração Pública e o papel do cidadão, cujos direitos são base do figurino jurídico do Estado, apresentaram o Direito Administrativo à Constituição, na qual ela passou a ser cuidada em seus princípios fundamentais” <sup>48</sup>. Com isso passaram a existir princípios constitucionais administrativos, explícitos ou implícitos, sobre os quais devem estar baseadas todas as condutas da Administração Pública.

Para o nosso trabalho, a importância dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública liga-se ao fato de que o provimento de cargos públicos de livre nomeação e exoneração, cargos comissionados, não está baseado somente na discricionariedade do administrador, ou seja, para que a investidura do servidor seja legítima e legal necessita-se respeitar os princípios constitucionais, principalmente no que diz respeito à impessoalidade com que o administrador deve tratar a *res pública*, haja vista ela não está voltada para atender interesses pessoais dos governantes nem daqueles que os cercam, mas sim os interesses da sociedade, para isso é fundamental que o agente público seja impessoal, e abrangido por essa impessoalidade está o dever de imparcialidade, conforme veremos, bem como a conduta do administrador deve basear-se na moralidade administrativa.

Os princípios constitucionais administrativos vieram como novos parâmetros para o controle de atos discricionários, pois antes havia a idéia de que tais atos somente eram anulados se eivados de ilegalidade.

### 3.1 Princípio da impessoalidade e sua relação com o dever de imparcialidade

O princípio da impessoalidade aparece pela primeira vez com esta denominação na Constituição Federal de 1988, muitos autores entendem que referido princípio se confunde

---

<sup>47</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 63.

<sup>48</sup> *Idem, ibidem*, p. 64.

com outros existentes na Carta Magna, tais como: princípio da igualdade, da legalidade entre outros.

A maioria dos doutrinadores ao tecerem comentários sobre o princípio da impessoalidade entende- o sob dois prismas: o primeiro é o agente público, no exercício das suas funções, ser impessoal, pois ele está apenas apresentando a vontade da instituição ou órgão onde trabalha, dando voz à vontade estatal, por isso seus atos devem ser imputados ao Estado e não a ele, posto que ele não está expressando a intenção dele como cidadão, mas sim a da Administração Pública, que visa alcançar o bem comum; o segundo é a Administração Pública oferecer tratamento igual a todos os cidadãos. Sob este prisma, o princípio da impessoalidade confundir-se-ia com o princípio da igualdade, sendo mais um reflexo desse. No entanto, tal entendimento não deve prevalecer, haja vista não haver sentido em existir no ordenamento jurídico nomes diferentes para definir a mesma coisa, ou seja, não haveria razão para o constituinte estabelecer o princípio da igualdade e da impessoalidade se tivesse conferido aos dois o mesmo sentido. Embora se saiba que os dois estejam relacionados, mas sem se confundirem.

Lúcia Valle Figueiredo define princípio da impessoalidade de forma a diferenciá-lo do princípio da igualdade, vejamos:

A impessoalidade caracteriza-se, pois, na atividade administrativa, pela valoração objetiva dos interesses públicos e privados envolvidos na relação jurídica a se formar, independentemente de qualquer interesse político. (...) A impessoalidade pode levar a igualdade, mas com ela não se confunde. (...) É possível haver tratamento igual a determinado grupo (que estaria satisfazendo o princípio da igualdade); porém, se ditado por conveniências pessoais do grupo e/ou do administrador, estará infringindo a impessoalidade.<sup>49</sup>

Assim, nas palavras de Carmén Lúcia Antunes Rocha, igualdade e impessoalidade se aproximam, mas guardam diferenças fundamentais:

Na verdade, estes dois princípios tão achegados um ao outro no Direito são dois fios de uma mesma meada: a que tece a Democracia no Estado de Direito.

A igualdade é direito e o seu titular é o indivíduo ou o cidadão. A impessoalidade é dever e quem o titulariza é a Administração Pública. Ambas obrigam. Aquela obriga todas as pessoas públicas e privadas, físicas ou jurídicas. Esta obriga o Estado a ser neutro, objetivo e imparcial em todos os seus comportamentos.<sup>50</sup>

Dessa forma, percebe-se que dentro do conceito do princípio da impessoalidade encontramos diversos deveres aos quais a Administração Pública se obriga, entre eles estão: dever de neutralidade, imparcialidade e objetividade. No caso do administrador ferir um

<sup>49</sup> FIGUEREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 63.

<sup>50</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.154.

desses deveres, obrigatoriamente ele estará ferindo o princípio da impessoalidade, mas, caso viole este, poderá estar infringindo um ou mais dos deveres dele decorrentes, isso advém do fato de aquele ser tido como gênero e os deveres dele decorrentes são espécies. Assim explica Ana Paula Oliveira Ávila:

A impessoalidade restará explicada como o princípio que impõe à Administração Pública o dever de respeitar o direito de igualdade dos Administrados e de não se valer da máquina pública para lograr proveito pessoal ou de outrem; o dever de proceder com objetividade na escolha dos meios necessários para a satisfação do bem comum; o dever de imparcialidade do administrador quando da prática de atos e decisões que afetem interesses privados ou que ponham termo a conflito de interesses privados perante a Administração, e, inclusive, na decisão sobre o conteúdo dos interesses públicos em concreto; o dever de neutralidade do administrador, que deve caracterizar a postura institucional da Administração e determinar aos agentes públicos o dever de não deixar que suas convicções políticas, partidárias ou ideológicas interfiram no desempenho de sua atividade funcional; e, ainda, na sua exteriorização, o dever de transparência.<sup>51</sup>

Devemos ter em mente que nem sempre cabe à Administração Pública uma conduta positiva, ou seja, no sentido de agir, algumas vezes ela deverá ter uma postura negativa, abstendo-se de agir. Ao se exigir uma conduta positiva do Estado, ele deverá agir em prol da sociedade para alcançar o interesse público, para que isso ocorra tem o dever de ser imparcial. O que une a impessoalidade e imparcialidade é o dever de objetividade e tudo isso se exterioriza através de um dever conexo ao de imparcialidade, objetividade e neutralidade que é o de transparência. Assim nos ensina Ana Paula Oliveira Ávila:

Quanto aos fins cuja consecução depende da atividade administrativa, realizada em benefício da sociedade em geral, implicará o dever de impessoalidade *stricto sensu*, pois o próprio princípio tem um fim que leva em conta a preservação da igualdade entre os administrados. Quanto aos meios para a sua implementação, estes implicarão o dever de imparcialidade. A exigência de *objetividade* na atividade administrativa é o ponto de intersecção entre esses dois deveres. E, finalmente, na sua exteriorização, implicará o dever de transparência, permitindo, assim, o controle de suas atividades à luz do princípio da impessoalidade.<sup>52</sup>[grifos do autor]

O dever de objetividade para Ana Paula Oliveira Ávila deve ser entendido como impessoalidade *stricto sensu*, ou seja, o administrador precisa pautar suas condutas, enquanto representante da vontade estatal, com objetividade, sem ser influenciado por considerações pessoais/subjetivas que se desvirtuem do interesse público, posto que ao ser conferido poder a um agente público ele deve estar voltado para o alcance do bem comum e não para interesses particulares seus ou de terceiros.

O dever de imparcialidade coaduna-se com o novo modelo de Estado existente. Hoje vivemos em um Estado pluriclasse que não está mais voltado para o atendimento dos

<sup>51</sup> ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **O Princípio da impessoalidade da administração pública:** para uma administração imparcial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 25-26.

<sup>52</sup> *Idem, ibidem*, p.46.

interesses de uma determinada classe ou grupo social, ao contrário, volta-se para o atendimento do bem comum e, para alcançar isso, necessita ser imparcial.

Para alguns doutrinadores, o que chamamos de dever de imparcialidade, que está inserido na concepção de princípio da impessoalidade, é tido como um princípio, embora não esteja expresso na Constituição Federal. No entanto, defendemos a idéia de que a imparcialidade é dedutível do princípio da impessoalidade, que está consagrado explicitamente na Carta Magna, bem como, referido dever está presente em diversas normas espalhadas pelo nosso ordenamento jurídico, ora de forma expressa ora de forma implícita.

Conforme dito anteriormente, o Estado, por ser uma ficção jurídica, necessita de pessoas para externar seus interesses e vontades, assim, a imparcialidade exigida do Estado, na verdade, deve ser analisada sob a ótica do servidor. Dessa forma, para assegurar o cumprimento do dever de imparcialidade pelo agente público, ele estará proibido de exercer suas atribuições funcionais nos casos em que houver interesse pessoal, direto ou indireto, na demanda que possa levá-lo a agir de forma pessoal. Outra medida que visa garantir o desempenho do dever de imparcialidade pelo servidor público é possibilitar o contraditório e a participação de todos aqueles que possuem interesse na demanda, assim como iguais possibilidades de defesa a eles, visando oferecer ao Estado o conhecimento amplo da questão, para ponderar de forma adequada os interesses públicos e privados e decidir de forma justa.

Ana Paula Oliveira Ávila bem observa que a análise do dever de imparcialidade nos conduz a dimensões distintas, vejamos:

Bem de se ver que a análise da imparcialidade conduz a dimensões distintas. Uma que diz respeito à impermeabilidade aos interesses exteriores, tanto os relativos às pressões sociais e de grupos de interesse como os relativos à ideologia e interesses conexos predominantes em um determinado governo. Outra diz respeito ao âmbito da decisão administrativa, abrangendo a ação concreta da Administração e o processo administrativo.<sup>53</sup>

É nesse último aspecto em que a imparcialidade mais se revela, posto que o administrador não deve estar vinculado a nenhuma das partes do procedimento administrativo, para garantir que suas decisões sejam imparcial, conseqüentemente impessoal. Deve, sim, conhecer todas as nuances da questão colocada perante ele, para ser decidida de forma objetiva e neutra, com razões que tenham amparo no ordenamento jurídico, sem se deixar influenciar por interesses exteriores. Caso não seja assim, todas as garantias oferecidas ao processo no âmbito da Administração Pública estariam comprometidas.

---

<sup>53</sup> *Idem, ibidem*, p.53.

Intrinsecamente ligado ao princípio da impessoalidade temos o dever de neutralidade dos servidores públicos no desempenho de suas funções. No entanto, sabe-se a dificuldade que existe para que referido dever seja atendido de forma satisfatória. Isso porque todo agente público é também cidadão e, para que ele seja neutro, precisará conciliar o seu dever de ação com o de abstenção, sendo atualmente essa a tendência, posto que a Constituição de 1988 buscou harmonizar as garantias e direitos conferidos aos cidadãos com o exercício de atividades estatais, substituindo o maniqueísmo existente outrora. Ressalte-se, todavia, que nos estatutos dos servidores públicos há limites claros relacionados ao desempenho da atividade pública pelo agente estatal no que diz respeito à possibilidade de manifestação política e sindical. Além dessas normas, existem outras que proíbem certas condutas dos agentes estatais, bem como, confere aos mesmos determinadas garantias, tudo com o intuito de garantir a neutralidade, imparcialidade, impessoalidade e objetividade da Administração Pública.

Por fim, conexo a todos os deveres explicitados até aqui, temos o dever de transparência que, embora não possa ser dedutível do princípio da impessoalidade, por decorrer do princípio da publicidade, é através desse dever que se externaliza o respeito da Administração Pública à impessoalidade, possibilitando, assim, o controle por parte dos administrados dos atos advindos dos agentes estatais. Conforme nos ensina Ana Paula Oliveira Ávila:

Com efeito, é a transparência que exterioriza a impessoalidade na atividade administrativa, constituindo o elemento que possibilita o controle das condutas da Administração. Aparece, então, como aspecto indissociável da impessoalidade, assim como de outros princípios, dada a sua natureza instrumental na aferição do respeito, pela Administração, aos comandos normativos. (...) Transparência é também pressuposto para a imparcialidade, pois é o fator que viabiliza a participação dos administrados: principal meio pelo qual o administrador toma conhecimento da quantidade e do conteúdo de interesses que devem ser ponderados na sua atuação concreta. (...) Desse modo, a transparência da atividade administrativa está relacionada com o interesse do público em geral na clareza e objetividade da atividade da Administração Pública, razão por que se insere no rol de deveres vinculados à exigência de impessoalidade.<sup>54</sup>

Ligado ao princípio da impessoalidade estão os deveres, conforme exposto acima, no entanto, tão importante quanto eles é conhecermos os vícios que podem decorrer do desrespeito a algum deles e que acarreta a invalidade do ato administrativo, pois restará eivado por algum desses vícios. Carmén Lúcia Antunes Rocha sistematizou esses vícios em 4 modalidades, quais sejam: nepotismo, partidarismo, promoção pessoal e pessoalidade administrativa e elaboração normativa. Assim nos explica a autora:

---

<sup>54</sup> *Idem, ibidem*, p. 75-77.



Todavia, toda invalidade de ato da Administração Pública, decorrente do desvirtuamento do regime jurídico administrativo constitucionalmente definido em seus princípios, traz uma nulidade inaceitável pelo sistema. Em geral, os vícios que tornam um ato da Administração Pública nulo para o Direito atingem mais de um dos princípios que deveriam ter sido por ela acatados em seu desempenho e não o foi. (...) A deformidade do comportamento administrativo por quebra do princípio constitucional da impessoalidade da Administração Pública atinge, em geral, dois elementos externos do ato administrativo, mas que lhe compõem os traços jurídicos, a saber, o motivo e a finalidade. O atingimento destes dois elementos pela eiva da pessoalidade ou do personalismo na conduta administrativa acaba por tisonar de deformidade jurídica insuperável o próprio conteúdo do ato dela nascido, mas é, fundamentalmente, naqueles elementos que reside a falta comprometedora de sua validade jurídica.<sup>55</sup>

A mesma autora nos explica quando que a impessoalidade administrativa é rompida e que levará o ato a ficar eivado por algum desses vícios:

A impessoalidade administrativa é rompida, ultrajando-se a principiologia jurídico-administrativa, quando o motivo que conduz a uma prática pela entidade pública não é uma razão jurídica baseada no interesse público, mas no interesse particular de seu autor. Este é, então, motivado por interesse em auxiliar (o que é mais comum) ou beneficiar parentes, amigos, pessoas identificadas pelo agente e que dele mereçam, segundo particular vinculação que os aproxima, favores e graças que o Poder facilita, ou, até mesmo, em prejudicar pessoas que destoem do seu círculo de relacionamentos pessoais e pelos quais nutra o agente público particular desafeição e desagrado.<sup>56</sup>

Conforme descrição da autora, um dos principais motivos que fulminam os atos administrativos é quando o agente público não conduz suas atribuições voltadas para o alcance do bem comum e interesse público, mas sim para favorecimento dos seus interesses ou daqueles que o cercam, prática comumente chamada de nepotismo e que já é conhecida no Brasil desde a época da colonização, haja vista em Portugal o regime existente naquela época ser o monárquico em que o rei dava ao Estado sua feição, ou seja, a marca principal desse tipo de Estado é o personalismo. A máquina estatal estava voltada para atender os interesses do rei e daqueles que o serviam.

Em decorrência dessa característica que marcava o país que nos colonizou, o Brasil, desde os primórdios, também possui essa marca, que trouxe como consequência a pequena participação política do povo dentro do Estado, tornando-o desconhecido para a sociedade, por conta disso, o Estado também desconhecia o povo.

Embora, desde a Constituição de 1824, houvesse normas que buscassem imprimir ao Estado brasileiro a marca da impessoalidade, elas sempre foram desobedecidas, fazendo com que laços familiares e o subjetivismo dos governantes ditassem o que seria “público”.

---

<sup>55</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.156.

<sup>56</sup> *Idem, ibidem*, p. 157.

Com o advento da República, o contexto não mudou, haja vista o início desse período ter sido marcado pelo coronelismo e esse reforçou o personalismo e paternalismo, através de troca de favores entre aquele que detinha o poder local e seus aliados e familiares. Nesse momento, a prática do nepotismo continuou sendo marcante no desempenho das atividades estatais e permaneceu como vício de impessoalidade até os dias atuais, cargos públicos eram preenchidos de acordo com a conveniência do superior hierárquico, criou-se os cargos em comissão como forma de burlar a impessoalidade, visto que tais cargos tinham previsão legal, mas, no momento de provê-los, quem indicava a pessoa para ocupá-lo era o governante, e ele fazia isso de acordo com sua conveniência e interesses pessoais, assim como muitas vezes ocorre atualmente, por isso essa espécie de cargo público sofre tantas críticas, pois sua origem está ligada ao favoritismo pessoal, a fazer da máquina pública meio para se alcançar interesses privados.

Quando escrevemos sobre o dever de neutralidade, comentamos que para garantir o desempenho desse dever são impostas algumas limitações nos estatutos dos servidores públicos, entre elas está a de cunho político. Isso ocorre para evitar ou pelo menos diminuir o vício do partidarismo, através do qual o grupo político que está no poder se utiliza da máquina estatal para manter determinado grupo político no poder e favorecer aqueles que participam desse grupo. Aproxima-se o partidarismo do nepotismo, no entanto, enquanto o que se percebe naquele é a influência de interesses externos pautados nos laços familiares, aqui os interesses são políticos. Quando tal vício ocorre:

As decisões administrativas passam a ser tomadas não mais de acordo com o interesse público, para o bem de toda a sociedade, mas segundo as conveniências da facção que está no Poder ou de seus “correligionários” e as pessoas que compõem “os quadros partidários”.<sup>57</sup> [grifos do autor]

Mais uma vez, ao se analisar a origem do Estado brasileiro, encontraremos nela a presença do partidarismo<sup>58</sup> e que se mantém até os dias atuais, embora a Constituição Federal de 1988 tenha trazido os princípios constitucionais da Administração Pública com o intuito de vedar tais práticas, porém isso não tem se mostrado suficiente, necessitando, muitas vezes, da fiscalização do Ministério Público e Tribunal de Contas, assim como um maior regramento do sistema eleitoral, haja vista o partidarismo está intrinsecamente ligado a ele.

---

<sup>57</sup> *Idem, ibidem*, p.164.

<sup>58</sup> Como bem observa Carmén Lúcia Antunes Rocha: “A Administração Pública presta-se, assim, no fluxo daquela experiência forjada sob o manto do personalismo e do mandonismo, como instrumento de realização de interesses de quem exerce os cargos de Poder, no intuito de nele perseverar e não no de realizar os interesses da coletividade”. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 165.

O partidarismo traz sérios problemas para a Administração Pública, posto que dificulta ou, até mesmo, impede a manutenção do princípio da impessoalidade no desempenho das atividades estatais, além de gerar uma instabilidade dentro da máquina estatal, pelo fato de as condutas dos servidores oscilarem de acordo com os interesses daqueles que estão no poder, não havendo uma objetividade e pré-determinação dessas condutas para alcançar o bem comum e interesse público, ao contrário, elas sofrem influência do partido que está no poder. Isso resulta em uma diminuição da qualidade da prestação dos serviços públicos. De acordo com os ensinamentos de Cármen Lúcia:

O partidarismo na Administração Pública, impedindo ou dificultando o acatamento do princípio da impessoalidade constitucionalmente definido, traz, ainda, perigosa instabilidade funcional e inafastável desarranjo político do pessoal que lhe compõe os quadros. É que a diretriz e comportamento dos servidores da Administração Pública passam a ter critérios mutantes, não mais em função de um interesse público prévia e objetivamente determinado, mas segundo a política partidária vigente e que se alterna continuamente. A conciliação da continuidade dos serviços públicos com a intermitência de critérios e instabilidade dos agentes públicos cria uma oscilação na própria qualidade daqueles serviços e uma ruptura no estímulo e profissionalização do desempenho daqueles servidores, dentre outras questões mais graves, como, por exemplo, a manipulação do aparato administrativo para a continuidade do partido no Poder.<sup>59</sup>

Intrinsecamente ligado ao princípio da impessoalidade está a generalidade das leis, pois, se essas são criadas para favorecer determinado grupo de pessoas, acabam sendo pessoais e criando uma contradição dentro da Administração Pública, haja vista essa precisar pautar sua conduta de acordo com a impessoalidade, no entanto, deverá obedecer normas que são pessoais. Isso demonstra que não só o Executivo está vinculado ao princípio da impessoalidade, mas todos os Poderes, em decorrência da ligação existente entre eles sem que, todavia, seja ferida a independência entre os mesmos. Assim nos dizeres de Cármen Lúcia:

Ao Poder Legislativo é atribuído discricionariedade para escolher as questões sobre as quais irá legislar, no entanto, tal discricionariedade é limitada pela Constituição Federal, que estabelece a forma e o conteúdo das normas infraconstitucionais, pelos princípios gerais do Direito, bem como a legitimação das normas passa pelo reconhecimento da sociedade de que elas tutelam interesses públicos, ou seja, a sociedade precisa olhar para as leis e ver que seus direitos estão sendo protegidos. Ao exercer sua função legislativa pautado nesses limites, o legislador infraconstitucional estará submetido ao princípio da impessoalidade e a todos os deveres que decorrem dele.

---

<sup>59</sup>*Idem, ibidem*, p.166-167.

Por fim, cabe-nos falar sobre o vício conhecido por pessoalidade, através do qual o servidor público se utiliza do seu cargo público para fazer sua promoção pessoal. Essa promoção advém com a obtenção de benefícios e privilégios, que, muitas vezes, tem o intuito de conseguir permanecer no poder ou alcançar outro cargo, normalmente, político.

Diante dessa situação, percebe-se que o princípio da impessoalidade acaba sendo desrespeitado com tal conduta, para evitar essa afronta, a Constituição Federal estabeleceu no seu artigo 37, § 1º que “a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridade ou servidores públicos”.

No entanto, não devemos achar que esse rol estabelecido na Constituição é taxativo, mas sim enumerativo, posto que, se de alguma forma o agente público se utiliza de outro meio que não esses colocados na Carta Magna para se promover, também deverá ser combatido e anulado, pois afronta do mesmo jeito o princípio da impessoalidade, bem como o da moralidade, igualdade e legalidade, e, ainda, deve ser imputado ao servidor que praticou tal conduta a responsabilidade por danos ao erário público que possam ter sido causados.

### **3.2 Princípio da moralidade administrativa**

Antes de adentrarmos no princípio da moralidade administrativa, que está expresso na Constituição Federal de 1998, é salutar fazermos um breve comentário do histórico que separava o Direito da Moral e como eles passaram a integrar um mesmo contexto.

Com o advento do Estado Moderno, houve a separação entre a Igreja e o Estado, fazendo com que este se tornasse laico e como consequência, Direito e Moral se separaram também, não porque fossem incompatíveis, mas sim por conveniência política e econômica. Dessa forma, passa-se a viver em um Estado que não possuía uma moral como parâmetro para o desempenho das atividades estatais, embora, logicamente, existisse uma moral individual, porém ela não exercia influência na condução da *res publica*. Todo esse contexto facilitava o

exercício do poder pelos governantes, bem como o individualismo e valorização do material que marcaram esse tipo de Estado. Não havia que se falar em conduta imoral. No dizeres de Cármen Lúcia:

(...) o Estado Moderno, em suas primeiras manifestações liberais, que revelaram o individualismo e o apego exclusivo à riqueza material, fomentou a distância entre Direito e Moral e entre Ética e Política. O utilitarismo, que se impôs como baluarte das idéias básicas do Estado, contribuiu para que os fins não devessem ser questionados segundo critérios moralmente discutidos e discutíveis, pois o seu sentido se continha apenas no resultado material obtido.<sup>60</sup>

Situação oposta passamos a viver com o surgimento do Estado Democrático de Direito. Nele é exigência para legitimar a conduta da pessoa pública o respeito à Moral, não importa simplesmente o cumprimento do dever expresso na norma, é fundamental que se avalie como ocorre esse cumprimento, os meios utilizados pelo agente público para se atingir o interesse público. Não se admite mais a idéia do “rouba, mas faz”. Tal idéia é absolutamente contrária ao Direito, principalmente ao princípio da moralidade administrativa. Não satisfaz à sociedade simplesmente o fazer do agente público que leve ao alcance do interesse público, ela exige também que os meios para alcançar os anseios impostos pelo povo sejam morais. Dessa forma, é a análise das formas de atuação do agente público que leva à conclusão se foi moral ou não e, conseqüentemente, à validação ou não da conduta.

Sabemos que o conceito de Moral é muito intuitivo e que os referenciais utilizados para formulá-lo variam de acordo com as mudanças pelas quais passam a sociedade. No entanto, o Direito tem que guardar perfeita sintonia com a Moral, haja vista os comandos normativos advindos dele devem respeitar e absorver a moral comum, aquela que está arraigada na sociedade, posto que normas que afrontem a moral não são legítimas. Além disso, pelo fato de não ser o Estado que dita o que deva ser considerado moral, mas sim a sociedade, cabe aquele absorver o que esta estabelece, como forma de legitimar sua própria existência, pois o Direito se volta para a sociedade com o intuito de regulamentar a relação entre os cidadãos para torná-la viável.

No contexto atual, passamos por mais uma mudança, enquanto, antes, a moral somente influenciava a produção de normas, hoje vivemos uma “moralização do Direito”, ou seja, a moral ganha status de norma jurídica, sendo colocado como um princípio constitucional dotado de natureza e vigor normativo. Para alguns autores, o princípio da moralidade é o mais importante entre os princípios constitucionais implícitos e explícitos, posto que o desempenho da atividade administrativa tem como parâmetro inicial e final tal

---

<sup>60</sup>*Idem, ibidem*, p. 179.

princípio, porém não se pode deixar de observar que ele isoladamente não possui força para fazer a Administração Pública alcançar seus fins, necessita-se, assim, do valor expresso pelos demais e que impulsionam o Estado a atingir o interesse público.

A moralidade administrativa se fortaleceu, no momento em que a sociedade passou a ter consciência que o serviço público deve voltar-se para atender aos anseios dela de forma justa e honesta. Diante dessa concepção, a Administração Pública acaba tomando para si a responsabilidade de pautar sua conduta conforme os ditames normativos e os valores éticos que compõem a moralidade administrativa. É sob esse prisma que Carmén Lúcia define a moralidade administrativa:

A moralidade administrativa é, pois, princípio jurídico que se espraia num conjunto de normas definidoras dos comportamentos éticos do agente público, cuja atuação se volta a um fim legalmente delimitado, em conformidade com a razão de Direito exposta no sistema normativo. (...) A ética da qual se extraem os valores a serem absorvidos pelo sistema jurídico na elaboração do princípio da moralidade administrativa é aquela afirmada pela própria sociedade segundo as suas razões de crença e confiança em determinado ideal de Justiça, que ela busca realizar por meio do Estado.<sup>61</sup>

Percebemos, então, que a moralidade administrativa é necessária para legitimar a atuação da Administração Pública. O povo ao ver as condutas dos agentes públicos pautadas na moralidade acabam confiando no Estado para conduzir seus interesses, o Estado assim legitima sua conduta e a razão para o qual foi criado, posto que age de forma ética e voltado para atender os anseios do povo, buscando, sempre, respeitar os valores que emergem da sociedade, por isso que o maior interessado na concretização da moralidade é sempre o povo, pois os benefícios decorrentes disso são usufruídos pela sociedade.

Para se analisar o respeito a referido princípio, necessita-se observar a natureza do cargo público e os fins que o agente público no exercício desse cargo deve alcançar, isso o Direito se encarrega de dizer. Para o alcance desses fins, deve-se observar os meios utilizados. O servidor público pode desrespeitar a moralidade administrativa no momento em que se utiliza de meios que não se coadunem com a moral, importante ressaltar que a moral comum diferencia-se da moralidade administrativa, pois aquela liga-se à liberdade do ser humano de pautar sua conduta de acordo com a sua liberdade de escolha, já esta volta-se para atingir “os fins buscados pelo ser humano em sua aventura de libertação dos interesses, necessidades e utilidades dos homens em sua convivência política”.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> *Idem, ibidem*, p.191.

<sup>62</sup> *Idem, ibidem*, p.192.

No momento em que são colocadas no Direito normas que exigem o respeito à moralidade administrativa pelos agentes estatais no desempenho das suas atribuições, elas possuem a mesma força que as demais normas, sendo coercitivas, e o desrespeito a elas exigem uma sanção material e objetiva.

Assim é que a moralidade administrativa possui como função não somente nortear a conduta da Administração Pública realizada pelos seus agentes, como também servir de parâmetro jurídico de controle das condutas dos agentes estatais, haja vista já ser pacífico hoje o entendimento de que os atos administrativos, mesmo os não-vinculados, podem ser submetidos à apreciação do judiciário, e este poderá usar o princípio da moralidade administrativa como parâmetro para invalidação de determinados atos. No entanto, não se exaure nesses contornos a importância do princípio da moralidade, ele serve também como diretriz para todo o Direito, ou seja, as demais normas colocadas no ordenamento jurídico devem ter como norte sempre o respeito à moralidade, caso contrário, elas são passíveis de impugnação perante os órgãos jurisdicionais competentes. Assim, não é só o administrador público que deve se submeter ao princípio da moralidade, o legislador também deve observar referido princípio. Dessa forma, podemos defender a idéia de que não é só a Administração Pública que deve estar vinculada à moralidade administrativa, mas sim o Direito como um todo, sendo uma forma de aperfeiçoar as atividades da administração.

Quando falamos em moralidade, lembramos logo da sua face oposta que é a corrupção. Esta é uma prática que afronta o sistema jurídico, que está pautado na moral de um povo, no momento em que um agente público se utiliza da máquina estatal para se favorecer ou favorecer terceiro, acaba ferindo o Direito, nesse instante, as normas positivadas dão uma resposta para tal conduta, buscando invalidar o ato que tenha afrontado a ordem jurídica, com o intuito, assim, de moralizar o Estado, para que a sociedade continue vendo-o como legítimo para representar os interesses dela.

Não podemos, no entanto, achar que o Direito consegue tolher de forma plena a corrupção praticada pelos agentes estatais, na verdade, ele deve dificultar a incidência desse tipo de conduta, através de óbices e entraves. Para tanto, necessita-se de um sistema jurídico mais efetivo, todavia, essa efetividade não se relaciona com número de leis, mas com o acatamento que elas possuem, quanto mais aplicadas e respeitadas, maior será sua eficiência e efetividade no combate à corrupção. A educação de um povo relaciona-se diretamente à medida da corrupção, quanto maior o acesso do povo a um sistema educacional de qualidade, maior a consciência da sociedade no que se refere aos limites dentro dos quais deve os

agentes estatais exercerem suas atribuições, na mesma medida será a fiscalização dos cidadãos. Para que ocorra essa fiscalização, a transparência e a informação são duas grandes aliadas da sociedade. Podemos, então, concluir que o princípio da moralidade administrativa só resta assegurado quando possuímos um sistema jurídico efetivo no combate à corrupção.

Os princípios da moralidade e da impessoalidade estão diretamente atrelados na questão da corrupção administrativa, isso porque quando um agente estatal pratica conduta que caracteriza corrupção, ele estará particularizando a máquina estatal, esta que deve estar voltada para atender os fins públicos para qual foi criada, acaba atendendo interesses particulares daquele que possui poder. No momento que isso ocorre, vários princípios constitucionais são feridos, no entanto, em maior evidência está a afronta ao princípio da impessoalidade e da moralidade, pois, conforme visto até o momento, aquele que é investido de função pública deve gerir a *res publica* de forma impessoal, observando todos os deveres que decorrem de tal princípio, assim como a moral administrativa também é ferida.

A corrupção administrativa, muitas vezes, começa antes do cidadão alcançar um cargo público, posto que as campanhas eleitorais são financiadas, em sua maioria, por particulares em troca de favores. Caso aquele que esteja se candidatando consiga eleger-se, para pagar o financiamento que obteve em sua campanha, acaba oferecendo cargos comissionados a pessoas não afetas à Administração Pública, além de outras formas de pagamento, todas utilizando a coisa pública de forma privada, fazendo com que interesses particulares venham conduzir a máquina estatal. Nesse sentido são os dizeres da autora Cármen Lúcia: “(...) a corrupção havida quando do financiamento de partidos políticos não objetiva imediatamente a questão da elaboração das leis, mas do ingresso, por vias transversas, de interesses particulares no seio do Poder Executivo”.<sup>63</sup> Assim é que podemos afirmar que a corrupção, mais frequentemente, está ligada aqueles agentes públicos que adentraram a máquina estatal sem que deles se exija profissionalismo, não queremos aqui defender que aqueles que ingressam nos quadros públicos mediante concurso público não possam cometer atos que caracterizem corrupção, ao contrário, sabemos que os servidores públicos concursados também são agentes que podem corromper ou serem corrompidos.

O constituinte de 1988, ao instituir os cargos comissionados, acabou por criar mais uma facilidade para a prática de corrupção, haja vista tais cargos favorecerem o nepotismo. Sabemos, de acordo com o que foi dito no capítulo 2, que os cargos de livre nomeação e exoneração são marcados pela discricionariedade do administrador para o seu

---

<sup>63</sup> *Idem, ibidem*, p. 204.



provimento, porém essa discricionariedade é limitada, e que eles devem ser instituídos por lei para o exercício de funções de chefia, assessoramento e direção. Foi dito também que os cargos comissionados já são conhecidos na história do serviço público brasileiro há muito tempo, pois a prática de se oferecer cargo público para parentes e amigos com o intuito de atender interesses pessoais, sob a alegativa de que o ocupante de referido cargo precisa ser da confiança daquele que o está nomeando, remonta à época da nossa colonização, pois essa prática era comum pela Coroa portuguesa.

Nos dias atuais, vemos uma tentativa de se diminuir as chances de utilização da máquina estatal, principalmente os cargos públicos, de forma corrupta, colocando parentes e amigos no poder para que interesses alheios a *res pública* sejam alcançados.

Devemos buscar no nosso ordenamento jurídico meios que coíbam o nepotismo, conseqüentemente a corrupção, no entanto, a Constituição Federal que norteia todo o sistema jurídico do Brasil acaba sendo alvo de interpretações distorcidas e que negam toda a essência do nosso Direito. Exemplo disso, está na interpretação de alguns no sentido de que não há vedação ao nepotismo na Constituição, porém referido entendimento é absurdo, pois isso feriria a essência do que se entende por Estado Democrático e Republicano, pois ele tem como uma de suas características o alcance do interesse público e não pessoal, pautado na moralidade, impessoalidade, legalidade entre outros princípios. Dessa forma, entender que não há vedação ao nepotismo, seria anular esses princípios constitucionais, que possuem como função embasar todo o ordenamento jurídico. O artigo 37 da Carta Magna traz expressamente os princípios da moralidade e impessoalidade, sabemos que a prática de nepotismo afronta de forma clara referidos princípios. Os que defendem esse tipo de interpretação completam o entendimento, afirmando que se necessita de uma lei formal, para coibir a prática do nepotismo.

O Conselho Nacional de Justiça, em 18 de outubro de 2005, promulgou a Resolução n.º 7, atualizada posteriormente pelas Resoluções n.º 9 e 21, regulando o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário. Referida resolução foi elaborada considerando que, nos termos do disposto no art. 103-B, § 4º, II, da Constituição Federal, compete ao Conselho zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei; e que

a Administração Pública encontra-se submetida aos princípios da moralidade e da impessoalidade consagrados no art. 37, *caput*, da Constituição. O artigo 2º da resolução traz um rol exemplificativo do que seja considerado nepotismo, mas que serve de parâmetro para análise de outras situações, vejamos:

**Art. 2º** Constituem práticas de nepotismo, dentre outras:

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

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

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

**IV** - a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, bem como de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento; **V** - a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, de pessoa jurídica da qual sejam sócios cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, ou servidor investido em cargo de direção e de assessoramento.

Todavia, essa resolução era restrita ao Poder Judiciário o que levava muitos a dizer que os demais poderes não estavam submetidos às normas estabelecidas por ela, embora o STF já houvesse se manifestado sobre a questão do provimento de cargos comissionados por parentes, prática que configura nepotismo, no julgamento do MS 23.780/MA<sup>64</sup>, para

---

<sup>64</sup> Supremo Tribunal Federal, MS 23780/MA, Rel. Ministro JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 27.09.2005, DJ 03.03.2006. Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 16.11.2010: MANDADO DE SEGURANÇA. NEPOTISMO. CARGO EM COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. Servidora pública da Secretaria de Educação nomeada para cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região à época em que o vice-presidente do Tribunal era parente seu. Impossibilidade. A proibição do preenchimento de cargos em comissão por cônjuges e parentes de servidores públicos é medida que homenageia e concretiza o princípio da moralidade administrativa, o qual deve nortear toda a Administração Pública, em qualquer esfera do poder. Mandado de segurança denegado.

sanar tal questão veio a Súmula Vinculante n.º 13 editada pelo STF que possui a seguinte redação:

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.

Através dela, o STF buscou moralizar a nomeação para cargos comissionados, reconhecendo que por conta dos cargos de livre nomeação e exoneração, os três Poderes acabam sendo contaminados pelo nepotismo/corrupção, retirando, com isso, a eficácia e aplicabilidade dos princípios constitucionais, principalmente o da moralidade e impessoalidade. Percebemos que a súmula busca evitar o nepotismo direto, assim como o cruzado, que, muitas vezes, acaba disfarçado pelo manto de moralidade e impessoalidade, quando, na verdade, não respeita à moralidade administrativa e a impessoalidade que deve direcionar o exercente de função estatal. Esse tipo de nepotismo ocorre no momento em que há troca de favores entre o juiz de uma vara federal e um procurador do estado, por exemplo, para que o juiz nomeie como diretora de secretaria parente até o 3º grau do procurador e este nomeie como assessor parente do juiz.

Antes mesmo do STF ter editado essa súmula, já havia precedentes da Corte, reconhecendo como válidas as normas infraconstitucionais que proibiam a prática do nepotismo.

Assim para aqueles que defendiam faltar uma vedação expressa ao nepotismo na Constituição, não há mais como se cogitar isso, pois o STF veio aclarar aquilo que já era possível se inferir do artigo 37 da Carta Magna, posto que a carga normativa existente nos princípios constitucionais faz com que uma norma secundária que traga de forma expressa a proibição ao nepotismo seja dispensável. No debate existente para edição da súmula, os ministros disseram que referido artigo, que estabelece a observância dos princípios da moralidade e da impessoalidade na administração pública, é auto-aplicável. "Não é necessária lei formal para aplicação do princípio da moralidade", disse o ministro Menezes Direito. O ministro Ricardo Lewandowski, relator do recurso extraordinário, afirmou que é "falacioso" o argumento de que a Constituição Federal não vedou o nepotismo e que, então, essa prática seria lícita. Segundo ele, esse argumento está "totalmente apartado do *ethos* que permeia a Constituição cidadã".

Urge salientar, por fim, que a edição da Súmula Vinculante 13 sofre enorme resistência para ser aplicada em decorrência da interpretação que é dada a diversos termos existentes nela. Percebe-se que, ainda hoje, sofremos as consequências da cultura que herdamos da Coroa portuguesa, cultura essa em que o Estado é marcado pela concessão de privilégios aqueles que são apadrinhados por quem exerce o poder.

## 4 CONTROLE JURISDICIONAL DO PROVIMENTO DOS CARGOS COMISSIONADOS

### 4.1 Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional de atos não vinculados

O conceito de discricionariedade, assim como o limite imposto ao judiciário para controlar os atos tidos por não vinculados, passaram por várias modificações para que chegassem ao que hoje são.

No século XIX, os atos administrativos dividiam-se em dois: os atos vinculados, que tinham seu regramento estabelecidos por lei, sendo conhecidos também como atos de gestão; e os atos não vinculados/discricionários, que não possuíam vinculação jurídica, também chamados de atos de império.

Assim, naquela época, entendia-se que os atos administrativos não vinculados estavam longe do controle do judiciário. Através desse tipo de ato, a Administração Pública era livre para atuar sempre que a lei não a proibisse, hoje, ao contrário, ela atua dentro dos limites estabelecidos pela lei. Como nos diz Germana de Moraes:

Em meados deste século, a tentativa de consolidação do Estado de Direito ensejou a concepção da discricionariedade como uma modalidade de aplicação, execução ou concretização da norma jurídica, o que deu margem a progressivo avanço do controle judicial em direção a redutos antes inatingíveis e intocáveis da atuação administrativa, a ponto de ameaçar a intromissão judicial no mérito do ato administrativo. (...) Não obstante a mutação e a inconstância da compreensão teórica da discricionariedade, tem persistido, como nota que a caracteriza, a imunidade judicial determina área da atuação administrativa ou, em outros termos, de certos elementos, não totalmente regrados, dos atos administrativos.<sup>65</sup>

Com essa evolução, não há mais atos completamente discricionários, o que existe são elementos discricionários nos atos administrativos, assim, não devemos mais falar em atos vinculados e atos discricionários. Os atos administrativos devem respeitar a lei, assim como os princípios constitucionais, estando vinculados também a eles, mas existindo dentro dessa vinculação alguns elementos que se subsumem a discricionariedade do administrador, mas

---

<sup>65</sup> MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 35.

sem ferir os princípios e a lei, pois, se assim não fosse, não teríamos discricionariedade e sim arbitrariedade.

Não foi somente o conceito de discricionariedade que mudou, modificaram-se também os limites dos atos vinculados, que trouxe como consequência imediata a modificação daquele conceito. No momento em que se ampliam os limites da vinculação, estreitam-se os contornos da discricionariedade. Tudo isso decorre da mudança na perspectiva do Direito, pois passamos de um Direito que se baseava somente em regras, tendo como maior expoente o princípio da legalidade, para um Direito que se fundamenta nas regras, mas que possui hoje como corolário os princípios.

Mesmo com diversas críticas em sentido oposto a essa diminuição da liberdade do administrador, fatores sociais, políticos e culturais favoreceram o aumento da incidência do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos. A jurisprudência deu sua contribuição ao fornecer parâmetros de controle para o desempenho das atividades da Administração Pública. Nos ensinamentos de Germana de Moraes:

A construção jurisprudencial e doutrinária e conseqüente normatização dos princípios jurídicos suscitou a eclosão de diversas abordagens da discricionariedade administrativa, tendentes ora a alargar os aspectos vinculados dos atos administrativos, ora a subtrair do âmago da discricionariedade, situações tradicionalmente nela inseridos, como, por exemplo, a formulação teórica dos conceitos jurídicos indeterminados, inclusivamente em sua variante da “discricionariedade técnica”, para finalmente desembocar nas teorias referentes “a redução da discricionariedade a zero.”<sup>66</sup>

No entanto, não podemos achar que todo o ato administrativo não vinculado é suscetível de controle jurisdicional, existe uma parte desse ato, que se refere ao motivo e objeto, conhecido por mérito administrativo, que não é atingido pelo controle jurisdicional.

Os atos ditos discricionários possuem elementos que são eminentemente vinculados, a forma, competência e o fim são ditados pela lei, não cabendo ao administrador a discricionariedade, ou seja, oportunidade e conveniência para escolher a melhor forma ou fim que determinado ato deve alcançar. No tocante ao motivo e objeto, o administrador não possui liberdade plena de escolha, a lei dita os limites e parâmetros dentro dos quais o administrador irá exercer sua discricionariedade. Essa margem de liberdade decorre da abertura existente na norma, necessitando de uma complementação do administrador, mas ele, para fazer essa complementação, deve levar em consideração os limites colocados pela lei, assim como os valores existentes no ordenamento jurídico e os princípios explícitos e implícitos na

---

<sup>66</sup> *Idem, ibidem*, p. 36.

Constituição Federal, tudo isso em conjunto deverá levar o agente público a agir de forma a se alcançar o fim público.

Nesse sentido, Celso Bandeira de Mello defini o que seja discricionariedade:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.<sup>67</sup>

Percebe-se, pela definição do autor acima, que a margem de liberdade que algumas normas conferem ao administrador não quer significar que ele pode escolher qualquer solução para o caso concreto, ao contrário, ele tem que buscar aquela que melhor atenda a finalidade da lei, ao interesse público. Assim, a discricionariedade administrativa é muito maior na norma prevista abstratamente do que diante da situação de fato. Dessa forma, não só os princípios constitucionais, assim como os princípios gerais do Direito, a lei e a própria situação de fato irão delimitar e restringir essa liberdade administrativa que compõe os atos não vinculados.

De forma didática, podemos vislumbrar no ato administrativo não vinculado três pólos distintos: 1) o pólo vinculado à lei, como dito mais acima, referente à forma, competência e o fim do ato administrativo, nesse pólo incide o controle de legalidade, posto que a lei estabelece como deve ser o ato no tocante a esses aspectos; 2) o pólo referente à compatibilidade com os princípios, para esse há o controle de juridicidade *stricto sensu*; 3) o pólo referente à conveniência e oportunidade do administrador, tais elementos compõem o mérito do ato administrativo e não se submetem ao controle feito pelo Poder Judiciário, ou seja, o juiz não pode diante de um ato não vinculado querer avaliar a oportunidade e conveniência da edição do ato administrativo, conforme nos esclarece Germana Moraes:

O controle de legalidade compreende a verificação da correspondência entre os elementos competência, finalidade e forma do ato administrativo com a moldura previamente fixada na norma, e nos atos predominantemente vinculados, também dos motivos e do objeto do ato.

O controle de juridicidade em sentido estrito começa quando cessa o controle de legalidade, e consiste no exame da compatibilidade da valoração dos motivos e da definição do conteúdo do ato administrativo predominantemente discricionário com os princípios jurídicos outros que não o da legalidade, como, por exemplo, com o princípio da proporcionalidade.<sup>68</sup>

<sup>67</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 48.

<sup>68</sup> MORAES, *op. cit.*, p.52.

Anteriormente à Constituição de 1988, os princípios da moralidade, razoabilidade e proporcionalidade estavam inseridos no pólo do mérito administrativo, no entanto, hoje, tais princípios foram colocados no campo da juridicidade *stricto sensu*, assim, não se pode mais aferir o mérito administrativo no tocante à observância desses princípios.

Em decorrência do princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional é que podemos submeter muitos dos atos administrativos, sejam eles vinculados ou não, ao controle jurisdicional. No entanto, precisamos conciliar esse princípio com outro de igual importância, qual seja: o da separação de poderes. Por conta disso é que muitos defendem a tese de que, se o Judiciário passar a controlar o mérito dos atos administrativos não vinculados, ele estaria ultrapassando sua competência.

Para conciliar o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação dos poderes no controle dos atos ditos por não vinculados, necessitamos analisar se eles causaram lesão ou ameaça a direito, pois, nesses casos, será sempre cabível o controle do judiciário baseado no desrespeito que referido ato causou aos princípios constitucionais, seja o da razoabilidade, proporcionalidade, legalidade, moralidade, igualdade, impessoalidade entre outros. Isso decorre do fato que não se pode cogitar da validade de um ato que afronte a essência do nosso Direito que está contida, principalmente, nos princípios constitucionais. A zona de livre decisão que os atos discricionários possuem não significa arbítrio para legitimar qualquer conduta.

Para auxiliar o controle do judiciário no tocante aos atos administrativos, referidos atos devem conter fundamentação, embora não esteja explícito na Constituição Federal o dever da Administração em fundamentar suas decisões, todavia, podemos extrair essa obrigação, ao nos depararmos com o dever de motivação das decisões administrativas dos Tribunais. Assim não há razão para que ocorra tratamento diverso com relação às decisões administrativas dos demais Poderes, além disso, a falta de fundamentação tornaria extremamente difícil esse controle. Aliado a tudo isso, temos o princípio da publicidade.

Urge salientar, porém, que o dever de motivação dos atos administrativos, incluído nessa obrigação os atos discricionários, não se ver satisfeito com uma simples motivação, é necessário que o administrador fundamente a sua decisão, deixando claro o motivo que o fez escolher determinada solução ou, no caso dos cargos comissionados, explicitar o motivo que o fez escolher o ocupante A e não o B, assim como a real necessidade do elemento fidúcia para criar determinado cargo em comissão, se as funções que vão ser



desempenhadas denotam chefia, assessoramento ou direção e a necessidade de se criar referidos cargos na Administração Pública entre outros aspectos.

#### **4.2 O princípio da moralidade como parâmetro de controle jurisdicional dos cargos comissionados**

Ao superarmos o positivismo legalista e passarmos para um Direito que tem como base e essência os princípios constitucionais, explícitos e implícitos, e os princípios gerais do Direito, chegamos a um momento em que o controle jurisdicional dos atos administrativos não se resume mais a verificação do cumprimento da legalidade estrita, ao contrário, ampliou-se os parâmetros de análise utilizados pelo Poder Judiciário. Este, concomitantemente à análise da legalidade do ato administrativo, deverá verificar o respeito aos princípios constitucionais, posto que uma ato administrativo não vinculado poderá está de acordo com a lei, porém, diante da margem de liberdade que é conferida ao administrador, ele poderá ter ferido frontalmente algum princípio, como, por exemplo: o princípio da moralidade ou impessoalidade, levando o ato a ficar eivado por algum vício, acarretando sua nulidade.

Diante dessa evolução no entendimento doutrinário, a Carta Política de 1988 constitucionalizou os princípios que regem a Administração Pública no seu artigo 37, quais são eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Além desses existem os princípios implícitos e os princípios gerais do Direito aos quais a Administração Pública também está submetida.

No presente estudo, vamos deter atenção ao princípio da moralidade em consonância com o da impessoalidade como parâmetros utilizados pelo judiciário para fazer o controle jurisdicional do provimento dos cargos comissionados, haja vista, os mesmos, como já fora demonstrado até o momento, serem marcados pela discricionariedade administrativa, mas que, de acordo com o que foi dito, não é plena, devendo guardar respeito a diversos princípios, posto que a subjetividade que, muitas vezes, está inserida no provimento de referidos cargos faz com que a simples legalidade, ou seja, o respeito à lei que cria tais cargos, não seja suficiente para garantir que eles estejam de acordo com a essência do Estado

Democrático e Republicano. Assim, torna-se mais difícil mascarar sob o manto da legalidade o nepotismo e favorecimento de interesses privados.

Conforme discutido no capítulo 3, uma das marcas do Estado Democrático de Direito é a impessoalidade com a qual devem os agentes estatais desempenhar suas funções. Não vivemos mais em um Estado em que a máquina estatal volta-se para atender interesses pessoais, ao contrário, ela deve sempre ter por finalidade o alcance do interesse público.

O princípio da impessoalidade traz alguns deveres implícitos nele, entre os quais: dever de neutralidade e imparcialidade, que obrigam o agente público a diante de uma situação ponderar os interesses envolvidos, optando, caso sua ação esteja embasada no seu poder discricionário, pela solução que melhor atenda aos fins públicos, buscando não se deixar influenciar pelas suas concepções e interesses pessoais.

Referido princípio, como já afirmado, é de observância obrigatória pela Administração Pública, devendo ela submeter tantos seus atos vinculados como os discricionários a esse princípio.

É no exercício da discricionariedade administrativa que mais vemos afronta ao princípio da impessoalidade, pois diante da abertura que a norma jurídica deixa para que seja complementada, o agente estatal acaba se utilizando dessa possibilidade para satisfazer interesses pessoais.

É sob essa ótica que os cargos comissionados, na sua maioria, são ocupados segundo a conveniência daquele que possui o poder de escolha e não segundo aspectos objetivos, como, por exemplo, a qualificação profissional do nomeado, pois, como já fora demonstrado, não é somente a confiança que existe na pessoa nomeada que confere legitimidade ao provimento, ao contrário, existem outros aspectos, entre eles o da qualificação profissional, que tornam legítimo o ato.

Dessa forma, é que o provimento dos cargos comissionados não são marcados somente pela discricionariedade, essa existe, mas para controlar essas nomeações, foram criados limites objetivos, entre os quais podemos citar: exigência da demonstração de que o cargo criado por lei esteja voltado para o desempenho de atividades de chefia, assessoramento e direção, uma parte dos cargos criados deverá ser provido por servidores efetivos da Administração Pública, como forma de evitar que tais cargos sejam criados somente para favorecer terceiros ligados de forma direta ou indireta aquele que está nomeando e que favoreceria em demasia a prática do nepotismo e corrupção, além disso, também deve ser

demonstrada a qualificação profissional daquele que irá prover o cargo de livre nomeação e exoneração, pois não é só a confiança que se deposita nele que o faz apto para o exercício da função, caso fosse assim, muitos daqueles que ocupassem cargos comissionados seriam despreparados para ocuparem-no, embora saibamos que essa prática ainda exista dentro da máquina estatal. Assim nos diz Cármen Lúcia Antunes Rocha:

Urge observar-se que a eiva de personalismo ou pessoalidade no comportamento administrativo ocorre mesmo quando o beneficiado tenha as condições descritas pela lei para o recebimento do agrado conferido, mas os motivos que poderiam determinar tal outorga não se dão pelas razões e situações de fato e de direito descritas genericamente e que fariam com que a sua obtenção fosse de ordem pública.<sup>69</sup>

Dessa forma, o provimento de um cargo comissionado que for levado ao judiciário para que o mesmo exerça o controle jurisdicional sobre ele, além do princípio da legalidade, que obviamente é o primeiro parâmetro que deve ser utilizado, também deverá ser analisado o respeito ao princípio da impessoalidade sob suas diversas nuances, principalmente se ele não está eivado por algum vício que o leve a prática do nepotismo, ao favorecimento de interesses pessoais do nomeante e do nomeado, denotando afronta ao princípio da moralidade administrativa que é outro parâmetro de controle utilizado pelo Poder Judiciário, posto que os cargos comissionados podem se revestir com o manto da legalidade, mas o provimento deles levar a uma conduta imoral e, por isso, deverá ser extirpado.

Direito e Moral, como mencionado anteriormente, durante algum tempo não caminharam juntos, no entanto, no contexto do Estado Democrático de Direito não é assim mais que ocorre, o princípio da moralidade serve de elo entre o Direito e a Moral.

Na doutrina brasileira há enorme divergência para se encontrar uma definição comum para o que seja moralidade administrativa, isso porque “as diversas conceituações de moralidade administrativa, na doutrina brasileira, como já visto, relacionam o conteúdo do princípio ora com a teoria do desvio de poder, ora com a moral interna da Administração, ora com o dever de boa administração, ora com pautas éticas da atuação dos agentes públicos”.<sup>70</sup>

A moralidade administrativa está diretamente relacionada com os meios utilizados pelos agentes estatais para alcançar os fins visados pela Administração Pública. Assim, a conduta do administrador público deve guardar observância a valores como: veracidade, honestidade, confiança e lealdade.

<sup>69</sup>ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.157.

<sup>70</sup>MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 2004, p.123.

O princípio da moralidade administrativa guarda enorme relação com o da impessoalidade, sem, no entanto, confundirem-se, tanto é assim, que este princípio ganhou autonomia a ponto de ser tratado como princípio constitucional. Germana Moraes assim explica a relação entre esses princípios:

Não se compreende, é certo, o princípio da moralidade administrativa, em seu sentido amplo, sem referência à idéia de finalidade da norma jurídica. No entanto, o dever de observância, pelos agentes públicos, da finalidade enunciada na norma jurídica decorre do princípio da impessoalidade, cuja preterição importa o vício do desvio de poder.<sup>71</sup>

Todavia, não podemos compreender que só existe afronta ao princípio da moralidade quando ocorre desvio de poder ou finalidade, ou seja, quando o agente estatal se desvia da finalidade estabelecida pela lei, afrontando, assim, o princípio da impessoalidade. Ocorrerá também violação à moralidade, quando o administrador público não respeitar os valores éticos da veracidade, confiança, lealdade e honestidade. Germana Moraes sintetiza o princípio da moralidade da seguinte forma:

Em síntese, o princípio da moralidade administrativa, no sentido estrito de conformação da conduta dos agentes públicos, sob a perspectiva da ética, além de conexo aos princípios da impessoalidade e da publicidade, relaciona-se aos valores confiança, honestidade e lealdade e respeito aos valores culturais predominantes em determinada sociedade, aos quais correspondem as seguintes dimensões: a) boa-fé (tutela da confiança); b) probidade administrativa (deveres de honestidade e de lealdade); c) razoabilidade (expectativa de conduta *civiliter*, do homem comum, da parte do agente público).<sup>72</sup>

Conforme dito acima, a probidade administrativa implica o dever de honestidade e de lealdade por parte do agente estatal no exercício de suas funções como forma de legitimar seus atos. Assim, a probidade é uma espécie do gênero moralidade. Com o intuito de reprimir a prática de atos ímprobos, editou-se a Lei 8.429/92, 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. No entanto, a essência dessa lei não está em reprimir somente as ações dos agentes estatais que visam enriquecimento ilícito, ao contrário, ela busca prestigiar também o respeito aos princípios norteadores da Administração Pública, tendo em vista sempre o alcance do bem comum através de meios moralmente aceitos. Tanto é assim que a Lei 8429/92 contempla basicamente três categorias de atos de improbidade administrativa: a) atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; b) atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário; c) atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública.

---

<sup>71</sup> *Idem, ibidem*, p.124.

<sup>72</sup> *Idem, ibidem*, p.126.

Quando o agente público se utiliza da sua competência e poder para prover um cargo comissionado de forma a atender interesses pessoais e não com o intuito de levar a Administração Pública a desempenhar melhor suas atribuições, pois, conforme visto, os cargos de livre nomeação e exoneração estão voltados para o melhor desempenho da atividade estatal, haja vista a necessidade de que algumas funções sejam desenvolvidas por aquele que tenha a qualificação profissional exigida somada a confiança necessária, acarretará a prática de um ato ímprobo, em decorrência do desatendimento ao dever de lealdade, todavia, também terá praticado um ato imoral, afrontado, dessa forma, o princípio da moralidade administrativa.

Como dito mais acima, o ato administrativo não vinculado não se submete ao crivo do judiciário no tocante ao mérito, ou seja, a oportunidade e conveniência do administrador para praticá-lo. No entanto, também foi dito que os princípios que regulam a atividade discricionária não compõem o mérito do ato administrativo, assim, um ato não vinculado pode ser submetido a controle jurisdicional para análise da sua legalidade, como também ao respeito ou não aos princípios gerais de Direito e aos princípios constitucionais da Administração Pública. O controle de legalidade dos atos administrativos resume-se a subsunção deles à norma legal, porém ela não se mostra completa e eficaz para se averiguar o respeito às exigências axiológicas trazidas pela Carta Magna de 1988.

Sob essa perspectiva, defendemos a idéia de que o princípio da moralidade relacionado à probidade administrativa devem ser parâmetros utilizados pelo Judiciário para analisar a legitimidade do provimento dos cargos comissionados, nesse sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 21.923:

ADMINISTRATIVO - ATO ADMINISTRATIVO - MORALIDADE - EXAME PELO JUDICIARIO - ART. 37 DA CF DESAPROPRIAÇÃO - ART. 20 DO DL 3365/41.

-É lícito ao poder judiciário examinar o ato administrativo, sob o aspecto da moralidade e do desvio de poder.

-Com o principio inscrito no art. 37, a constituição federal cobra do administrador, alem de uma conduta legal, comportamento ético.

-O art. 20 do DL n. 3365/41 permite que, em ação direta o poder judiciário examine "qualquer questão" relativa a desapropriação.<sup>73</sup>

A Constituição Federal de 1988 (no art. 5, LXXIII) elegeu a via da Ação Popular para que o cidadão pudesse levar ao judiciário ato lesivo que afronte à moralidade administrativa com o intuito de anulá-lo: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado

---

<sup>73</sup> Superior Tribunal de Justiça, REsp 21923 / MG, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, julgado em 20.05.1992, DJ 13.10.1992 p. 17662. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 19.11.2010.

participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”. Assim não nos resta dúvida de que a moralidade administrativa é parâmetro utilizado pelo Judiciário no controle de provimento de cargos comissionados quando estes afrontarem aquele.

Assim, foi conferido ao juiz competência para análise não somente da legalidade dos atos não vinculados, bem como da moral, diante do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, sem que isso configure ofensa ao princípio da separação dos poderes e sem que o judiciário adentre o mérito de referido ato.

No momento em que um cidadão propõe uma ação popular para que o judiciário aprecie a legitimidade do provimento de um cargo comissionado, não caberá ao referido órgão a apreciação da oportunidade e conveniência de referido ato, pois isso seria adentrar no mérito administrativo, não sendo permitido, porém ao juiz caberá a análise de todas as outras peculiaridades que marcam os cargos de livre nomeação e exoneração, tais como: primeiramente, a legalidade do ato de nomeação, superada essa análise, deve-se averiguar se o nomeado não possui grau de parentesco com o nomeante ou com outro servidor da mesma pessoa jurídica, desrespeitando o que é estabelecido pela Súmula Vinculante 13 do STF, o que denotaria quebra da impessoalidade e conseqüentemente da moralidade administrativa, se existe a real necessidade da Administração Pública para criação desses cargos e se as funções do cargo criado denotam chefia, assessoramento ou direção. O desrespeito a esses aspectos podem caracterizar desvio de poder ou finalidade, isso porque o agente estatal se utiliza do poder e competência a ele conferido para atingir finalidade diversa daquela que a lei estabelece. Vale salientar, que mesmo nos atos discricionários existe uma finalidade pública a ser alcançada.

Ressalte-se, por fim, que a Ação Popular não é a única medida existente para se provocar o Judiciário a analisar o provimento de cargos comissionados, há ainda: a Ação Direta de Inconstitucionalidade para atacar normas que criem cargos de livre nomeação e exoneração, mas que não estejam relacionados às funções de chefia, direção ou assessoramento ou, ainda, normas que desrespeitem a proporção entre o número de cargos efetivos e os comissionados; mandado de injunção, todavia, nesse caso, não caberá ao STF legislar, apenas suprirá a omissão legislativa do inciso V do artigo 37 da Constituição Federal diante do caso concreto e a Ação Civil Pública. Em todos esses casos, os princípios constitucionais servirão de base de controle jurisdicional.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A influência dos interesses particulares no exercício do serviço público não é um problema exclusivo no Brasil nem mesmo recente, tal fato remonta à época da colonização, posto que naquela época o serviço público existia para atender aos interesses daqueles que melhor serviam à Coroa. Assim, não se averiguava o mérito das pessoas que ingressavam no serviço público, distanciando-se, pois, do sistema meritocrático que hoje vislumbramos na grande maioria das investiduras em cargos públicos. Dessa forma, resta evidente que o serviço público possui sua origem ligada ao atendimento não das necessidades sociais, mas sim dos interesses particulares daqueles que detinham poder. O serviço público era um instrumento utilizado para agraciar aqueles que atuavam conforme os anseios da Coroa, ou seja, era uma forma de manipulação do poder. Tal prática vem atravessando gerações e, ainda hoje, encontramos práticas de favorecimento de interesses particulares no âmbito do serviço público, posto que a Constituição Federal traz a exigência de concurso público para tornar-se servidor público, mas deixa a possibilidade de cargos comissionados, ou seja, que estão dentro do limite da discricionariedade administrativa.

De acordo com a nova ordem constitucional, essa discricionariedade esbarra em princípios constitucionais positivados, que nas Constituições anteriores não existiam da forma como se colocm hoje e com a força que ganharam nos últimos anos, entre esses princípios estão o da moralidade, impessoalidade e eficiência, bem como, o da proporcionalidade e razoabilidade, embora não explícito como os demais.

O serviço público é um dos meios que o Estado possui para atingir o bem comum. Diante dessa realidade, é necessário que sejam obedecidas formas de recrutamento dos servidores públicos, que, por serem detentores de uma parcela de poder estatal, precisam estar voltados para o alcance dos interesses da sociedade e não interesses particulares ou de particulares.

Em decorrência disso, a forma de recrutamento de servidores públicos é um ponto fundamental para se atingir o ideal republicano de igualdade de condições entre os cidadãos para o acesso a cargos públicos. Assim, a Constituição de 1988 estabeleceu no artigo 37, II, que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo

ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

No entanto, para que esses cargos existam, a Carta Magna de 1988 na parte final do artigo 37, II, optou pela edição de lei específica para criar cargo em comissão, somente ela será apta a afetar determinados cargos ao regime de livre nomeação e exoneração. Sabendo que os cargos comissionados só podem ser utilizados para as funções de chefia, assessoramento e direção, a lei que cria tais cargos deverá explicitar quais atribuições estão relacionadas ao exercício dos mesmos, sem isso estaria comprometido o exercício da função de controle. Necessita-se, ainda, que não reste dúvida que o elemento confiança seja imprescindível no desempenho de tais cargos o que justificaria a dispensa de concurso público. A lei que cria cargos em comissão deverá prever não somente a criação desses cargos como também um percentual mínimo entre eles que serão providos por servidores de carreira. Outro parâmetro estabelecido pela Carta Magna de 1988 para criação desse tipo de cargo é seu caráter complementar em relação aos cargos efetivos de provimento mediante concurso público, ou seja, não se pode criar cargos comissionados com o intuito de substituir estes, pois levaria à burla do sistema meritocrático, ferindo, pois, o princípio da legalidade e outros constantes na Constituição Federal.

Para a criação e provimento dos cargos comissionados serem legais e legítimos necessitam não só atender as exigências acima elencadas, como também respeitar os princípios constitucionais que regem a Administração Pública. Neste trabalho demos maior enfoque ao princípio da impessoalidade e moralidade, pois são eles que mais facilmente são desrespeitados quando nos referimos a cargos comissionados. Isso decorre do fato de os cargos de livre nomeação e exoneração servirem, muitas vezes, para a prática de nepotismo, que fere frontalmente a impessoalidade do Estado, assim como a moral.

Como forma de coibir a prática do nepotismo e, conseqüentemente, moralizar o serviço público, o Conselho Nacional de Justiça, em 18 de outubro de 2005, promulgou a Resolução n.º 7, regulando o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário. Posteriormente, o STF editou a Súmula Vinculante n.º 13, estabelecendo que 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.

Todavia, mesmo com essas medidas, faz-se necessária a atuação do judiciário como forma de controlar os cargos comissionados, indo além do simples controle de legalidade, principalmente nos atos ditos não vinculados. Para isso, os princípios constitucionais têm sido parâmetros utilizados pelos magistrados. É por conta dessa mudança nos limites do judiciário para fazer controle jurisdicional de atos discricionários que se tem conseguido invalidar atos que são legais, mas que possuem algum vício, principalmente aqueles que decorrem de ofensa à impessoalidade e moralidade administrativa.

Dessa forma, defendemos no presente trabalho que os cargos comissionados podem ser mais benéficos ao Estado que maléficos, para isso deverá ser sempre respeitado os princípios constitucionais explícitos e implícitos que regem a Administração Pública, além dos princípios gerais de Direito. Tais princípios além de nortear o ordenamento jurídico também devem ser usados pelos magistrados, principalmente, quando forem fazer o controle jurisdicional de atos administrativos não vinculados. Todavia, deve restar evidente, que o judiciário não poderá adentrar no mérito desses atos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **O Princípio da impessoalidade da administração pública: para uma administração imparcial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BRUNO, Reinaldo Moreira; DEL OLMO, Manolo. **Servidor público: doutrina e jurisprudência**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

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

\_\_\_\_\_. Cargos em comissão – breves considerações quanto aos limites à sua criação. **Revista Interesse Público**, Minas Gerais, n. 38, p. 25-31, jul./ago. 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. rev. ampl. E atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1967.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo**. 2. ed., atual., ampl. e rev. Rio de Janeiro: Forense, 2005. V.4: o pessoal da administração pública.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.

FIGUEREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO SEGUNDO, Antônio Nilo Rayol. **Parâmetros para o controle jurisdicional do provimento de cargos em comissão**. Dissertação (Mestrado em Ordem Jurídica Constitucional)-Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. Serviço público no Brasil: origens, evolução e caracterização atual do conceito. **Fórum Administrativo – Direito Público - FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 97, 30-40, mar. 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 2004.

MOTTA, Fabrício. É possível a nomeação de pessoa com 70 anos ou mais para cargo comissionado?. **Fórum Administrativo – Direito Público - FA**, Belo Horizonte, n. 49, 5261-5263, mar. 2005.

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

REALE, Miguel. **Abuso do poder de legislar**. São Paulo, RDP, 73/39-40

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

\_\_\_\_\_. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Os Servidores públicos municipais**. São Paulo, RDP, 20/315-331.

VALLE, Vanice Lírio do. Cargo 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. 59-69, nov. 2007.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. (tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa). Vol. II. Distrito Federal: Universidade de Brasília, 1999.