

CARGOS COMISSIONADOS: NOVOS DESAFIOS IMPOSTOS PELO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO

COMMISSIONED POSTS: NEW DEMANDS IMPOSED BY THE FUNDAMENTAL RIGHT TO GOOD ADMINISTRATION

Luis Carlos Cancellier de Olivo¹

Sabrina Nunes Iocken²

Resumo: O objetivo deste estudo é perquirir os reflexos impostos pela diretriz valorativa do Estado Constitucional nos cargos comissionados, sob a perspectiva de que a mudança de paradigmas do Direito Administrativo possa influenciar a práxis patológica que se opera desde a criação, no plano normativo, até o seu ato de provimento. Pretende-se inserir o direito fundamental à boa administração como orientação finalística de uma Administração Pública eficiente, proporcional e vocacionada para uma gestão de resultados. E, a partir dessa ótica, propor um repensar do instituto dos cargos comissionados para inseri-lo no seu eixo de funcionalidade, de modo a coibir o abuso da discricionariedade.

Palavras-chave: Cargos em comissão. Direito fundamental à boa administração. Proporcionalidade. Eficiência. Limites.

Abstract: The aim of this study is to investigate the consequences imposed by enhancement's guideline of Constitutional State regarding the commissioned posts, from the understanding that the modifications concerning the patterns of Administrative Law may influence the misguided practices that operates from the act of legislate until the act of hiring. This study intends to add the fundamental right to good administration as guidance of an efficient, proportional and results-oriented Public Administration. From this perspective, it offers a new way of thinking the commissioned posts in public sector to insert it on its functionality axis, in order to discourage the abusive use of discretionary powers by the Administration.

Key-words: Commissioned post. Fundamental right to good administration. Proportionality. Efficiency. Limits.

¹ Diretor do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. Professor Associado I nos programas de graduação e pós-graduação em Direito da UFSC.

² Conselheira substituta do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Orientanda no doutorado do Prof^o Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo e Co-orientanda do Prof. Dr. Juarez Freitas. Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bacharela em Direito pela Universidade Federal Fluminense - UFF, com especialização em Direito da Administração Pública -UFF.

1 INTRODUÇÃO

A busca pela máxima eficiência tem promovido novas reflexões sobre o arcabouço jurídico político cuja normatividade recai sobre o agir administrativo. Nesse cenário, o servidor público ganha especial relevo, não só porque compromete a parcela mais significativa dos recursos públicos, mas também, porque é através dele que a Administração se corporifica e estabelece seu vínculo intersubjetivo com a sociedade.

Pode-se considerar como inovadora a exigência constitucional de realização do concurso público para ingresso na Administração Direta e Indireta, seja pela perspectiva da moralidade e impessoalidade, seja pela perspectiva da eficiência, eis que, mais de duas décadas após a promulgação da Constituição brasileira, verifica-se o aumento da qualificação dos que ingressam no serviço público. Mas a própria Constituição estabelece uma exceção ao princípio concursivo³: o provimento de cargos comissionados.

É este o ponto sobre o qual é necessário um repensar dos operadores do Direito. Não se pode olvidar que este instituto, inicialmente contaminado pela prática do clientelismo, deve romper barreiras não apenas jurídicas, mas também culturais, para fazer com que a práxis que permeia os cargos comissionados encontre o eixo de sua funcionalidade.

Por certo que o Estado Constitucional de Direito em funcionamento (CARBONELL, 2003, p. 12), revela-se como um instrumento propício para o desenvolvimento do texto constitucional, não só pelo atendimento de sua diretriz material, como também pelos mecanismos que o asseguram. O modelo do Estado Constitucional é, sem dúvida, a mola propulsora do desempenho das atividades administrativas que devem se adequar à nova visão incorporada pelo neoconstitucionalismo.⁴

Nesse cenário, aduz Valle (2007) acerca do desenvolvimento de uma comunidade internacional de princípios comuns em matéria de direitos, donde as proclamações da Carta

³ É de Valle, a extração do princípio subsistente no texto da norma do art. 37, II da CF, a saber: “No terreno específico do regime jurídico de pessoal destinado ao desenvolvimento da função administrativa, significativos avanços foram trazidos pela Carta de Outubro, como a consagração em caráter geral do princípio concursivo e sua extensibilidade à administração indireta” (VALLE, 2007).

⁴ V. SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003, p. 158. “[...] aquí se desprende que el neoconstitucionalismo requiere una nueva teoría de las fuentes alejada del legalismo, una nueva teoría de la norma que dé entrada al problema de los principios, y una reforzada teoría de la interpretación, ni puramente mecanicista ni puramente discrecional, donde los riesgos que comporta la interpretación constitucional puedan ser conjurados por un esquema plausible de argumentación jurídica.”

das Nações Unidas e da Declaração Universal de Direitos, bem como a celebração de vários outros pactos internacionais e regionais tornam-se modelos de referência que se não condicionam, ao menos orientam os demais ordenamentos. Assim, cabe trazer como referencial valorativo a ser observado pela Administração o art. 41 da Declaração de Direitos Fundamentais da União Europeia, que insere no rol dos direitos fundamentais o direito à boa administração pública.

Essa carga valorativa do Estado de Direito Constitucional incorpora o princípio da boa administração como orientação finalística da Administração Pública, cuja abrangência alcança os diversos campos de sua atuação.

Na lição de Freitas, o Estado da “escolha administrativa legítima deve ser, escrupulosamente, o Estado da proporcionalidade, em lugar de aparato propício a excessos ou tendentes às omissões” (FREITAS, 2007, p. 17). No mesmo sentido, acentua Mallén (2004, p. 27), que o desempenho de um poder discricionário é legitimado em face das razões subjacentes aos critérios de decisão, cuja racionalidade importa em uma boa administração.⁵

Assim, o que se propõe é ir além da mera compreensão dos cargos comissionados enquanto forma de provimento originário do servidor público. O que se busca é conceber a importância destes cargos enquanto instrumentos de concretização de um Direito Administrativo Pós-Moderno, cuja espinha dorsal encontra-se permeada por uma carga de valores que impõe deveres ao administrador de observância cogente.

O estudo dos cargos comissionados, sob esta perspectiva, perpassa pela compreensão da lógica constitucional em dois momentos distintos, mas igualmente patológicos: o primeiro momento, o da criação dos cargos comissionados; e o segundo momento, o do seu provimento. A criação de tais cargos deve guardar relação estreita com os valores que conferem solidez ao aparato administrativo, de modo a coibir a criação desarrazoada e excessiva dos mesmos. Assim, como o atributo da confiança não se constitui requisito único e exclusivo para o provimento, uma vez que a “livre” nomeação deve vir acompanhada de outros qualificadores que justifiquem a escolha do futuro servidor.

⁵ Sobre o tema, ainda, esclarece a autora: “*En concreto, el punto de arranque a partir del cual se apunta la reforma administrativa de la Administración General del Estado viene constituido por el artículo 41 (derecho a una buena administración) de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea o Carta de Niza*”. (MALLÉN, 2004, p. 27)

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO, A IMPOSIÇÃO DE NOVOS PARADIGMAS SOBRE O AGIR DO ESTADO

O direito à boa administração é reforçado pela sua introdução no rol dos direitos fundamentais de âmbito constitucional, cuja inspiração se deu no art. 41 da Declaração de Direitos Fundamentais da União Europeia. Esse direito é conceituado com precisão por Freitas, como sendo o “direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”.⁶

Na clareza de Mallén, constata-se que o estudo do direito à boa administração tem influenciado a sistemática da Constituição espanhola como um todo, destacando “en la interrelación existente entre las normas constitucionales de la parte dogmática (que reconoce derechos) y las normas constitucionales de la parte orgánica (que contiene los principios de actuación, organización y funcionamiento de los diversos organos constitucionales)”. (MALLÉN, 2004, p.319)

Esse processo dinâmico imposto pelo Direito Constitucional permite que o direito a uma boa administração incida sobre a atuação administrativa, em todas as suas facetas. Sob esta premissa, deve-se erguer o arcabouço normativo que autoriza o *fazer administrativo*, buscando na carga valorativa dos princípios os fundamentos de razoabilidade e de eficiência de sua atividade. Não há mais espaço para a discricionariedade excessiva, abusiva ou insuficiente.⁷

Não se pode olvidar, portanto, que a incidência dessa pauta de valores recai, de igual modo, na atividade de controle, responsável por garantir a prática jurídica vocacionada ao atendimento dos compromissos constitucionais. Sob este enfoque, elucida Freitas que “a primazia efetiva dos princípios constitucionais na mente dos controladores e dos administradores é um empreendimento cultural premente, que requer nova disciplina, capaz de desfazer, vez por todas o auto-engano” (FREITAS, 2007, p.14). O auto-engano, como bem observado, não está direcionado apenas à atividade administrativa, mas também à

⁶ O autor ainda adverte que o princípio da boa administração exige do sistema fiscalizatório uma sindicabilidade aprofundada, em vez de simplesmente alargada. Ao revés, não se preconiza o controle disfuncional e extremado ou violador da independência dos Poderes. (FREITAS, 2007, p. 07)

⁷ Sobre os vícios no exercício da discricionariedade conferir Freitas (2007, p. 24-25)

sindicabilidade, que de igual modo deve estar amparada por *standards* como o da boa administração, da razoabilidade e da eficiência.

Essa vertente constitucionalista propõe, nos dizeres de Moreira Neto, uma qualificação jurídica atual da ação administrativa do Estado, harmonizada com os novos valores introduzidos no Direito Público, alinhada aos quatro paradigmas essenciais: legitimidade, finalidade, eficiência e resultado. Tal direcionamento, acentua Moreira Neto, “[...] imprime à atividade administrativa pública elevados níveis de *eticidade* e praticidade que, por si sós, já vão relegando ao passado a velha gestão burocrática [...]”. (MOREIRA NETO, 2008, p. 29)

Arruda Júnior e Gonçalves (2002, p. 89) sustentam uma relação entre direito e ética pautada por um compromisso de eficácia e por uma abordagem *hermenêutico-fundamentativa* dos direitos fundamentais inscritos na Constituição Federal. A isso, eles denominam *mínimo ético*, por meio do qual os operadores jurídicos devem exercitar uma *práxis* engajada com a supressão das anomalias presentes na sociedade. É o direito e a sociedade exigindo-se mutuamente, a partir de uma nova interpretação do adágio latino *ubi societas, ibi ius*.

Desse modo, a evolução principiológica onera o administrador, que passa a ter que demonstrar, de modo claro e racional, a conformidade finalística de suas escolhas. Nesse cenário, voltada para a busca de resultados, deve estar posicionada a lógica funcional dos cargos comissionados. Como enfatiza Valle (2007), “se extrai que a configuração, na hipótese concreta, dos requisitos postos à criação dos cargos em comissão é que permitirá a avaliação, sob o prisma da razoabilidade, do adequado exercício dessa competência finalisticamente orientada, que se denomina *discricionariedade*”.

Sob esta pauta valorativa é que deve cingir-se a atuação abstrata de criação e, sobretudo, o agir concreto do poder público quando do provimento dos cargos comissionados.

3 PARA UMA MELHOR COMPREENSÃO DOS CARGOS COMISSIONADOS

Num breve apanhado histórico, constata-se a inexistência de qualquer dispositivo que faça referência à confiança na Carta Imperial de 1824.

Somente na primeira Constituição da República é que surge a referência expressa aos cargos de confiança, nos termos do art. 49, que trata dos cargos de Ministros de Estado, os

quais serão “nomeados e demitidos livremente”⁸ pelo presidente. Houve, ainda, outras hipóteses de nomeação pelo presidente, como no caso de alguns membros do corpo diplomático e os agentes consulares. Note-se, no entanto, que não foram utilizados os termos confiança e livremente para estas outras hipóteses.

A Constituição de 1934 traz a seguinte redação “é facultado o exercício cumulativo e remunerado de comissão temporária ou de confiança, decorrente do próprio cargo”. Observe-se que não se trata propriamente da confiança como requisito para o ingresso no serviço público, vez que sequer existia na época a regra restritiva do concurso público.

Da mesma forma não há registros significativos nas Constituições de 1937 e 1946 que se sucederam. Na Constituição de 1967 adentrou ao texto constitucional a regra do concurso público⁹, assim como sua exceção, quando do provimento de cargos comissionados.

A redação da regra constante do art. 95, §1º, conferida pela Emenda Constitucional n. 1/67, trazia a obrigatoriedade do concurso público tão somente para a primeira investidura, o que contribuiu para a prática do ingresso em cargos de menor complexidade com a possibilidade de posteriores provimentos derivados.

As diretrizes constitucionais de 1988 impulsionaram um regramento mais sólido sobre a ampla acessibilidade aos cargos e empregos públicos, consoante o art. 37, II, vedando a possibilidade de qualquer forma de provimento derivado. A rigidez da regra trouxe consigo a flexibilidade de sua exceção¹⁰, relativa ao provimento dos cargos em comissão e das funções de confiança, os quais deverão ser exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei.

Na clássica conceituação de Pontes de Miranda, o até então denominado funcionário em comissão era aquele “incumbido de função que não é efetiva, e sim, por sua natureza transitória, o que se passa, de ordinário, com os serviços anexos, ou com as extensões

⁸ Cf. art. 48 da Constituição de 1891: 2º) nomear e demitir livremente os Ministros de Estado. (BRASIL, 1988)

⁹ Nos termos do art. 95 da Constituição de 67: Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer. § 1º - A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos. § 2º - Prescinde de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração. (BRASIL, 1967)

¹⁰ A Constituição de 1988 excepciona a regra do concurso público não apenas para o provimento dos cargos comissionados, mas também nas hipóteses dos cargos vitalícios de Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas (art.73, § 2º c/c art. 84, XV) e de Magistrados dos Tribunais Superiores: Ministros do STF (art.101), do STJ (art. 104), TST (art.111, § 1º) e STM (art.123); 1/5 dos magistrados de segunda instância (art.94), TSE (art.129) e juízes do TREs (art.120); além dos servidores temporários (art. 37, IX).

temporárias de quadros e de pessoal pelo acúmulo de serviços, circunstâncias ocasionais ou necessidade de expansão da atividade administrativa”. (MIRANDA, 34, p. 464)

Na conceituação mais moderna de Mello, “os cargos de provimento em comissão (cujo provimento dispensa concurso público) são aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los, a qual também pode exonerar *ad nutum*, isto é, livremente, quem os esteja titularizando”. (MELLO, 2006, p. 280)

O vínculo que se estabelece, portanto, é o de natureza profissional.¹¹

4 EXCESSO DE CARGOS COMISSIONADOS: DESCOMPASSO COM A DIRETRIZ CONSTITUCIONAL

Os avanços trazidos pelo constituinte de 1988, no campo específico do regime jurídico de pessoal, são plenamente compatíveis com uma perspectiva inovadora da Administração enquanto promotora de resultados.

No campo teórico, tem-se o estabelecimento de uma regra geral, na qual o concurso público irá promover a seleção, de forma impessoal, daqueles que dispõem de maior conhecimento técnico para ocupar determinado cargo no setor público. Permite-se, ainda, que, nos cargos em que o elemento confiança constitua requisito para o desempenho de atividades de alta complexidade e responsabilidade, seja afastada a regra geral para incidir a possibilidade do provimento em comissão.

Nos ensinamentos de Justen Filho:

Cabe a diferenciação entre duas figuras jurídicas próximas. O cargo em comissão, também denominado cargo de confiança, não se confunde com a denominada *função de confiança*, que consiste na assunção de atribuições diferenciadas e de maior responsabilidade por parte do ocupante de um cargo de provimento efetivo, ao que corresponde o pagamento de uma remuneração adicional. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 880)

Ocorre que a prática acaba sendo, por vezes, contaminada pelo clientelismo institucional presente na sociedade brasileira, desde a época do Império. O “funcionalismo

¹¹ Sobre o tema conferir BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da função pública: a experiência brasileira. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades do Brasil*, Curitiba, n. 1, p. 17-25, mar./ago. 2002.

público” sempre foi sinônimo de um *não fazer*, sendo-lhe atribuída uma conotação pejorativa de ócio em relação ao efetivo desempenho de suas atividades.

Mas, duas décadas após a Constituição de 1988, observa-se um novo panorama promovido pela prática frequente do concurso público, que ampliou de forma impessoal o ingresso no aparelho estatal, permitindo, assim, que pessoas cada vez mais capacitadas e compromissadas integrem os quadros de servidores da Administração. Soma-se a isso, uma sociedade que consciente de seus direitos passa a exigir eficiência e resultados do Estado.

Setores específicos de gestão de pessoas, aperfeiçoamentos constantes, planejamento estratégico, participação nas redes sociais, esse é o novo rosto do setor público, comprometido com resultados e mais próximo da sociedade. Nesse universo não há mais espaço para *o não fazer*.

O primeiro ponto que merece maior reflexão refere-se à criação dos cargos comissionados, que, além de depender de lei específica (de iniciativa do administrador), deve guardar relação direta com as demandas reais da Administração Pública. O direito fundamental à boa administração, mais uma vez, deve ser invocado como direito fundamental a uma administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres. É, pois, o Estado Constitucional o das escolhas administrativas legítimas. (FREITAS, 2007)

Não há espaço para a discricionariedade irrestrita e descompromissada, eis que devem ser observados princípios constitucionais que tangenciam o resultado último a ser perseguido, qual seja, o da boa administração. Como assinala Freitas, “com o aprofundamento da sindicabilidade, a autoridade administrativa jamais desfruta da liberdade pura para escolher (ou deixar de escolher)”. (FREITAS, 2007)

Desse modo, constata-se a necessidade de um olhar mais profundo no que concerne à gestão de pessoal, cujas ações devem estar em consonância com uma perspectiva paradigmática da Administração enquanto promotora de resultados.

4.1 Cláusulas limitadoras do excesso de discricionariedade

A escolha administrativa de criação de cargos comissionados que impulsiona a Casa Legislativa, através da iniciativa de cada órgão ou entidade para propositura do diploma normativo, também se insere no campo da sindicabilidade. A solicitação de um número

excessivo de cargos em comissão ultrapassa os limites impostos à competência discricionária, configurando assim arbitrariedade da ação.

Sobre o tema, Oliveira deixa claro que "não há uma fórmula precisa capaz de determinar uma proporção ideal entre a máquina administrativa e a real necessidade da Administração". (OLIVEIRA, 2004, p. 22)

O Supremo Tribunal Federal (STF), ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.125, oriunda do Estado do Tocantins, no voto proferido pela Ministra Carmen Lúcia, impôs como dever de observância o princípio da proporcionalidade, o qual deve incidir sobre a avaliação administrativa do número adequado de servidores comissionados constante no quadro de pessoal, conforme se extrai do voto da Relatora:

[...]

3. O número de cargos efetivos (providos e vagos) existentes nos quadros do Poder executivo tocantinense e o de cargos de provimento em comissão criados pela Lei n. 1950/2008 evidencia a inobservância do princípio da proporcionalidade.

4. A obrigatoriedade de concurso público, com as exceções constitucionais, é instrumento de efetivação dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa, garantidores do acesso aos cargos públicos aos cidadãos. A não submissão ao concurso público fez-se regra no Estado do Tocantins: afronta ao art. 37, inc. II, da Constituição da República. Precedentes.

[...]

6. A criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais, que dispensam a confiança pessoal da autoridade pública no servidor nomeado, contraria o art. 37, inc. V, da Constituição da República. [...]

8. Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do art. 5º, caput; e parágrafo único; art. 6º; das Tabelas II e III do Anexo II e das Tabelas I, II e III do Anexo III; e das expressões "atribuições", "denominações" e "especificações" de cargos contidas no art. 8º da Lei n. 1.950/2008.

9. [...] E, ainda, o número de cargos em comissão inicialmente criados [...] é maior do que o total de cargos efetivos preenchidos no Estado, o que poderia levar à constatação absurda de que para cada subordinado há, pelo menos, um "chefe, assessor ou diretor", ocupante de cargo comissionado. (BRASIL, 2011a, grifo nosso).

Da mesma forma, merece atenção o entendimento esposado pelo Procurador-Geral da República, na referida ação de inconstitucionalidade:

Da comparação entre o número de cargos de provimento efetivo e os de provimento em comissão, no Estado do Tocantins, tem-se verificada evidente desproporção, suficiente a demonstrar a burla ao comando inscrito no inciso II do art. 37 da Constituição Federal. (...) **De outro lado, a criação de cargos em comissão deve sempre ocorrer em número proporcional à necessidade do serviço, ou seja, precisa ter relação direta com a busca pelo funcionamento regular dos serviços prestados pela Administração. Nas hipóteses em que o interesse público é ignorado ou contrariado, objetivando a norma apenas assegurar interesses pessoais ou partidários, há de se reconhecer sua incompatibilidade com o texto constitucional.** (...) No caso específico, repita-se, clara é a desproporção entre o número de cargos de provimento em comissão e os de provimento efetivo que, registre-se, sequer foram inteiramente preenchidos, estando configurado o

desrespeito ao princípio da proporcionalidade e da moralidade administrativa”.
(BRASIL, 2011a, grifo nosso)

Insta observar a existência de precedente no próprio STF sobre a necessidade de se observar a proporcionalidade entre o número de servidores ocupantes de cargos de provimento efetivo e o de servidores ocupantes de cargo em comissão, conforme verificado na decisão emitida no agravo regimental no recurso extraordinário n. 365.368/SC, ao apreciar o quantitativo de cargos da Câmara Municipal de Blumenau, conforme relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, *in verbis*:

AGRAVO INTERNO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATO NORMATIVO MUNICIPAL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. OFENSA. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O NÚMERO DE SERVIDORES EFETIVOS E EM CARGOS EM COMISSÃO. I – Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. II – **Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislação local.** III – Agravo improvido (Primeira Turma, publicado no DJ em 29/06/2007). (BRASIL, 2007, grifo nosso)

No âmbito dos Tribunais de Contas há entendimento reiterado sobre o tema, apontando para a necessidade de reestruturação do quadro de pessoal, de modo a garantir a proporção adequada entre a quantidade de cargos efetivos e a de comissionados. Tal adequação pressupõe uma revisão no número de cargos comissionados, cuja destinação deve se ater às atribuições que tenham por natureza as atividades de direção, chefia ou assessoramento.

Seguindo a mesma construção argumentativa, o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (TCE/SC) firmou o posicionamento, na Representação n. 10/00492653 em face da Câmara Municipal Jaguará do Sul, no sentido de que a nomeação de servidores comissionados deve respeitar o princípio da proporcionalidade, de modo a haver, no mínimo, a superioridade no número de cargos de provimento efetivo, no que segue:

[...]

Observa-se que a quantidade excessiva de cargos comissionados está, muitas vezes, relacionada com problemas intrínsecos, como o desvirtuamento da finalidade desses cargos, servidores que não comparecem aos postos de trabalho, ou que não possuem as qualificações mínimas para ocupar uma determinada função.

No entanto, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade devem orientar o exame dos casos concretos, visto que não há uma legislação que estabeleça critérios objetivos de quantificação do número de cargos comissionados.

Com todo respeito à posição da sempre competente área técnica desta Corte de Contas, entendo que no presente caso a proposta sugerida deixa de observar tais princípios, em especial o da proporcionalidade, na vertente do meio menos gravoso, no sentido de que se fixe um prazo para que a Administração gradativamente estabeleça critérios para extinção dos cargos comissionados em número excessivo.

[...]

Certo é que os abusos devem ser coibidos. **No entanto, embora o número de servidores comissionados seja superior ao de efetivos, não há uma lei que defina qual é a proporção exigida.**

Por fim, entendo oportuna a observação feita pelo Exmo. Procurador Aderson Flores, no sentido da necessidade de haver lei de iniciativa da Câmara para fixação e/ou alteração de vencimentos de servidores do Poder Legislativo, em atenção ao art. 37, X, art. 51, IV, e art. 52, XIII, c/c art. 29, *caput*, todos da Constituição, já que no caso da Câmara Municipal de Jaraguá do Sul, primeiro houve a regulamentação da matéria por Resolução, posteriormente ratificada por Lei (SANTA CATARINA, 2012b).

Da mesma forma, a matéria relativa ao número excessivo de cargos comissionados foi examinada pelo TCE/SC no processo de Prestação de Contas n. 06/00089037 que determinou à Câmara Municipal de Pedras Grandes a adoção de medidas para a readequação do plano de cargos e salários, conforme se depreende do Voto do Conselheiro Relator Adircélio de Moraes Ferreira Júnior:

6.2. Determinar aos atuais membros da Mesa da Câmara de Vereadores de Pedras Grandes, composta pelo Presidente, Vice-Presidente e 1º e 2º Secretários (art. 37, inciso II, da Lei Orgânica do Município de Pedras Grandes) que, no prazo de 60 (sessenta) dias, contados a partir da publicação desta deliberação no Diário Oficial Eletrônico desta Corte de Contas, adotem providências visando à regularização do quadro de pessoal da Câmara Municipal de Pedras Grandes, com a readequação do cargo de contador existente na estrutura administrativa da Unidade, de comissionado para efetivo, bem como **que promova a reestruturação do Plano de Cargos e Salários da Câmara Municipal, em razão do seu quadro funcional estar estruturado somente com cargos comissionados, os quais, na forma prevista pela Constituição Federal, se utilizados para o exercício de funções meramente técnicas ou administrativas, caracterizam burla ao concurso público.** Em sequência, que o atual Presidente da Câmara promova a nomeação decorrente da realização de concurso público (art. 37 da Lei Orgânica do Município de Pedras Grandes c/c os arts. 27, inciso V, e 31, inciso XXII, do Regimento Interno da Câmara de Vereadores daquele Município), no prazo de 06 (seis) meses, após a publicação da referida legislação, nos moldes exigidos pelo Prejulgado n. 1939 desta Corte de Contas, comprovando-as a este Tribunal. (PCA n. 06/00089037. Câmara Municipal de Pedras Grandes. Rel. Cons. Adircélio de Moraes Ferreira Júnior. Decisão proferida em 18/03/2012). (SANTA CATARINA, 2013)

Atenta-se para a singeleza da natureza das decisões. O Supremo Tribunal Federal (STF), ao adotar a técnica da inconstitucionalidade, retira do ordenamento jurídico válido o diploma normativo que viola o princípio normativo da proporcionalidade, atuando assim sob a espiral de sua jurisdição constitucional. Ao passo que o Tribunal de Contas determina uma atuação positiva¹², obrigando o administrador a reestruturar o seu quadro de pessoal sob as

¹² Sobre o tema, consultar o voto do Conselheiro Luiz Roberto Herbst que nos autos do processo RLA 10/00655110 determina à mesa da Câmara Municipal de Palhoça, na pessoa de seu Presidente, que no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias, adote providências visando a regularização do quadro de pessoal da Câmara Municipal, em observância à regra constitucional do concurso público como forma de ingresso na Administração Pública, nos termos do art. 37, incisos II e V, da Constituição. (SANTA CATARINA, 2012a).

diretrizes impostas pela proporcionalidade. Surgindo, face a essa decisão, uma obrigação de fazer ao administrador.¹³

Tais precedentes convergem, no entanto, para a necessidade de uma sindicabilidade profunda, nos dizeres de Freitas (2007, p. 40), apta a adentrar não no mérito administrativo, mas a considerar a discricionariedade como não inteiramente descontínua e sem limites.

Assim, o princípio da proporcionalidade constitui o primeiro *standard* a ser observado quando da mensuração do número necessário de cargos comissionados para determinada estrutura administrativa.

Duas ideias despontam, portanto, com relação ao plano abstrato de criação dos cargos comissionados: a primeira, abordada acima, diz respeito ao número de cargos comissionados previstos em lei, que estruturam o quadro de pessoal de determinado órgão ou entidade; e a segunda, que diz respeito ao quantitativo mínimo previsto em lei para preenchimento desses cargos com servidores efetivos.

No campo normativo, tem-se verificado a edição de leis que estabelecem um percentual de cargos de provimento em comissão que deve ser obrigatoriamente preenchido com servidores do quadro efetivo. Trata-se de uma medida de cunho moralizante, mas que nos leva a refletir sobre o eventual excesso de cargos comissionados existentes em cada estrutura.

Para ilustrar, conforme ser extraído das informações colacionadas no voto do Cons. Achilles de Jesus Siquara Filhos¹⁴, do Conselho Nacional do Ministério Público – CONAMP, existem hoje no Ministério Público Federal 8.367 (oito mil trezentos e sessenta e sete) cargos efetivos, 1.121 (mil cento e vinte e um) cargos de provimento em comissão e 2.706 (duas mil setecentas e seis) funções comissionadas.

O art. 4º, § 1º, da Lei nº 11.415/2006, que dispõe sobre as carreiras dos servidores do Ministério Público da União, impôs um limitador de 50% (cinquenta por cento) no provimento dos cargos em comissão, os quais devem ser destinados aos integrantes das carreiras do Ministério Público da União. Este limite é devidamente respeitado pela

¹³ Note-se a existência de competência dos Tribunais de Contas para o controle de constitucionalidade incidental e difuso, na apreciação do caso concreto, afastando a aplicação de lei ou ato tido como inconstitucional. *Súmula n. 347*. O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público. (BRASIL, 1964)

¹⁴ Registra-se o posicionamento em sede de processo administrativo – CONAMP. Disponível em: http://www.conamp.org.br/Pareceres_CNMP/Limite%20m%C3%AAdnimo%20de%2050%20por%20cento%20dos%20cargos%20em%20comiss%C3%A3o.pdf. Acesso em: 17 jan. 2014.

administração do Ministério Público Federal, uma vez que do total geral de cargos em comissão, apenas 347 (trezentos e quarenta e sete) deles são providos ou por agentes sem vínculo com a Administração Pública ou por servidores requisitados de outros órgãos.

Deve-se assinalar que tais diplomas normativos tentam assegurar o vínculo profissional dos cargos comissionado pelo preenchimento de suas vagas com servidores efetivos. Trata-se, em última análise, do *standard* da eficiência adotado como parâmetro limitador da escolha discricionária.

Mas não se pode olvidar que a criação dos cargos em comissão está amparada pela diretriz constitucional, além de ser condizente com a necessidade de maleabilidade do aparato funcional do Estado. O que deve ser objeto de sindicabilidade é o abuso na criação e provimento desses cargos, de modo a garantir sua adequada funcionalidade.

4.2 Direção, chefia ou assessoramento: a natureza das atribuições

Um dos caminhos possíveis para a verificação de um quantitativo excessivo de cargos dentro da estrutura administrativa reside na confrontação entre as atribuições de cada cargo e as atividades de natureza de direção, chefia e assessoramento. Observa-se que alguns diplomas normativos criam, de modo indistinto, cargos comissionados para o desempenho das mais diversas atribuições, inserindo assim uma mácula a ser combatida não só pela via da jurisdição constitucional, mas também por outros sistemas de controle, como o da jurisdição de contas.

Nesse sentido a Ministra Cármen Lúcia ao proferir seu voto em sede de Recurso Extraordinário n. 942.970, assenta o seguinte entendimento proferido pelo Tribunal *a quo*:

Com efeito, a possibilidade de criação de cargos de provimento por comissão não é aferida pela denominação que se lhe dá, mas sim pela natureza das atribuições respectivas. E, se por um lado a Federação se compõe de entes autônomos, de modo que o Município seja dotado das capacidades de autogoverno e de autonomia administrativa, não há que se opor tais capacidades como escusa ao descumprimento da própria Constituição e dos princípios que a inspiram.

[...]

No caso concreto, a descrição das atividades desenvolvidas pelo Consultor Técnico Jurídico, conforme informações prestadas pelo Prefeito Municipal, são de 'auxiliar o Secretário e o Assessor da Secretaria de Assuntos Jurídicos nas decisões, despachos e demais atividades referentes a assuntos técnicos da Pasta; e auxiliar de modo geral a ação administrativa diante da Secretaria, compreendendo matéria jurídica, técnico-legislativa, administrativa, orçamentária e econômico-financeira' (fl. 36). Essas atividades constituem, na verdade, funções meramente técnicas, burocráticas ou operacionais, sem necessidade alguma de que sejam desempenhadas por pessoa com

vínculo de confiança, de modo que não se poderia afastar a exigência de concurso público. (BRASIL, 2014)

No mesmo sentido, extrai-se no voto do Ministro Joaquim Barbosa, na ADI n.3602/GO, a necessidade de se perquirir a natureza das funções previstas em lei, como segue:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART.37, II E V. CRIAÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. LEI 15.224/2005 DO ESTADO DE GOIÁS. INCONSTITUCIONALIDADE.

É inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico, tais como os cargos de Perito, Médico-Psiquiátrico, Perito Médico-Clinico, Auditor de Controle Interno, Produtor Jornalístico, Repórter Fotográfico, Perito, Psicológico, Enfermeiro e Motorista de Representação. Ofensa ao artigo 37, II e V da Constituição federal. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos XI, XII, XIII, XVIII, XIX, XX, XXIV e XXV do art. 16-A da lei 15.224/2005 do Estado de Goiás, bem como do Anexo I da mesma lei, na parte em que cria os cargos em comissão mencionados. (BRASIL, 2011b)

As precedentes observações apontam para a necessidade de um repensar sobre a adequação do plano abstrato da norma com a real demanda administrativa no que se refere à forma de organização que melhor atenda ao princípio fundamental da boa administração e, conseqüentemente, da proporcionalidade e da eficiência, na busca constante de uma gestão imersa sob o paradigma do resultado.

4.3 A observância aos requisitos da Lei de Responsabilidade Fiscal

Cabe destacar que a criação, expansão ou aperfeiçoamento da ação governamental ou, ainda, a realização de despesas de caráter continuado, derivadas de lei ou ato administrativo normativo, deve obedecer aos requisitos impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF)¹⁵. Nesse sentido, tornar-se imprescindível a correta mensuração acerca do impacto orçamentário financeiro, cuja estimativa deve contemplar, além do exercício corrente, os dois que o sucedem.

O que se busca é atender aos comandos normativos principiológicos da prudência e da responsabilidade na gestão fiscal.

Há um precedente julgado no TCE/SC em que se discutiu justamente a possível violação a tais princípios quando da criação de cargos comissionados. Tratou-se de

¹⁵ Em se tratando da Lei de Responsabilidade Fiscal, destaca-se que o art. 169, §3º da Constituição impõe como primeira medida, a ser adotada para o retorno ao limite legal das despesas de pessoal estabelecido pelo LRF, a redução de despesas com cargos em comissão.

representação em face do Poder Executivo Municipal de Florianópolis, em razão da demonstração inadequada da estimativa do impacto orçamentário-financeiro da despesa adicional resultante do Projeto de Lei do Município de Florianópolis nº 1000/2009, que tratava do ‘Modelo de Gestão e a Estrutura Organizacional da Administração Pública Municipal de Florianópolis’. (SANTA CATARINA, 2013b)

A discussão central recaiu sobre o cumprimento adequado ao princípio da responsabilidade na gestão fiscal, quando da elaboração da estimativa de impacto orçamentário. No caso em apreço, a estimativa de impacto não levou em consideração a possibilidade de ocupação da totalidade dos novos cargos criados. Utilizou-se como parâmetro para a realização da estimativa um dispositivo que se encontrava no corpo do próprio projeto de lei, o qual previa que 50%¹⁶ dos cargos em comissão seriam ocupados, preferencialmente, mas não de forma obrigatória, por servidores ocupantes de cargos efetivos. Segundo entendimento daquela Corte “a estimativa feita pela Administração, mesmo não sendo revestida da prudência necessária, não pôde ser considerada desarrazoada, em virtude de se apoiar em dispositivo do próprio projeto de lei encaminhado à Câmara Municipal”. (SANTA CATARINA, 2013b)

O Tribunal de Contas Estadual julgou ao final improcedente a representação, posto que os cálculos apresentados estavam amparados em dispositivo constante do projeto de lei, que, ainda que desprovido de caráter impositivo, estava sendo observado pela administração municipal. Mesmo julgando improcedente a representação, diante da constatação da utilização de premissas inapropriadas para a realização dos cálculos, o Tribunal recomendou ao Prefeito atual do Município a verificação e adequação da estrutura organizacional da Administração Pública Municipal, bem como o atendimento ao princípio da prudência e à responsabilidade na gestão fiscal, quando da elaboração do impacto orçamentário financeiro, em observância aos incisos I e II, art. 16 da Lei Complementar 101/00.

É forçoso precisar a importância da adequada estruturação do quadro de pessoal, uma vez que as despesas dela provenientes representam uma parcela significativa das despesas correntes do orçamento estatal. A tentativa de mascarar dados com a utilização de

¹⁶ Cumpre registrar que tal percentual foi alterado para 60%, por ocasião da aprovação: “No cômputo geral do provimento dos cargos em comissão previstos no Anexo III desta Lei Complementar, se observará, preferencialmente, que sessenta por cento do quantitativo de cada órgão ou entidade do Poder Executivo Municipal seja ocupado por servidores titulares de cargo do quadro efetivo do Município”. Lei Complementar Municipal n. 348, de 27 de janeiro de 2009, hoje revogada pela Lei Complementar n. 465/13. (FLORIANÓPOLIS, 2009)

subterfúgios, como o da não contabilização do percentual máximo de ocupação, se traduz em um ato abusivo que deve ser combatido pelas instâncias de controle.

5 DO PERFIL PROFISSIONAL PARA O EXERCÍCIO DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO

Novas demandas impõem uma remodelagem da estrutura burocrática administrativa, eis que como pontua Valle (2007), a rigidez de uma estrutura administrativa pode apresentar disfuncionalidades na sua aptidão para instrumentalizar uma Administração da qual se demanda, cada vez mais intensamente, agilidade, capacidade de articulação com as instâncias de poder e *expertise* técnica.

A inadequação decorre, como alerta Valle (2007), do “evidente descompasso, do ponto de vista do mérito, entre o virtual servidor apontado à ocupação da fidúcia, e as funções/qualificações envolvidas no seu desenvolvimento”.

O atributo confiança, inerente ao cargo, não constitui requisito único para o seu provimento, conforme é identificado por Rocha:

[...] 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. (ROCHA, 1999, p.173)

Valle aponta, ainda, para duas ideias em torno da fidúcia. A primeira decorrente da articulação entre titularidade e instâncias concretizadoras e a segunda atinente às excepcionais situações em que o fator de confiança pessoal se mostra relevante às circunstâncias em que as atribuições se exercem.

A primeira hipótese refere-se às situações em que há uma estreita relação entre a natureza política e técnica no tocante às atribuições a serem desempenhadas, tornando indispensável o elemento confiança. Já a segunda hipótese refere-se às atividades muito

próximas ao exercício do poder, em que a confiança está mais ligada a ideia de sigilo¹⁷ e até mesmo da ausência de jornada de trabalho.

Ao tratar do tema, Valle (2007) identifica algumas situações que configurariam a fúducia daqueles cujas atribuições são secundárias, mas diretamente ligadas às altas autoridades, como aqueles que digitam documentos sigilosos, o copeiro que serve no gabinete pessoal, “presente particularmente nas longas noites de especial decisão, servindo café e silêncio, água e e confidencialidade”.¹⁸

Deve-se assinalar que o mau uso dos cargos comissionados, face a cultura secular de clientelismo, acaba levando o senso comum a questionar de forma indistinta todos aqueles que, sem vínculo de efetividade, passam a ocupá-los, o que é um equívoco.

A prática nepotista presente no Brasil desde a sua descoberta, como relata Ribeiro, é inaugurada na Carta que envia a El-Rei, o escrivão-mor da frota cabralina, Pero Vaz de Caminha, que ao seu final, pede a Sua Alteza um “favorzinho” pessoal nos seguintes termos: “E pois que, Senhor, é certo que, assim neste cargo que levo, como em outra qualquer coisa que de vosso serviço for, Vossa Alteza há de ser de mim muito bem servida, a Ela peço que, por me fazer singular mercê, mande vir da ilha de São Tomé a Jorge de Osório, meu genro – o que d'Ela receberei em muita mercê. Beijo as mãos de Vossa Alteza”. (RIBEIRO, 2004, p.79)

Muito se evoluiu. Alguns diplomas normativos contém previsão expressa no sentido de combater o nepotismo, ao menos em algumas situações, como ocorre no âmbito federal. O estatuto dos servidores públicos civis traz em seu inciso VIII do art. 117 a vedação de possível a manutenção de cônjuge, companheiro ou parente até 2º grau sob a chefia imediata do seu parente.

Mas, a ausência de um diploma mais específico e cogente levou o STF, em uma postura ativista, a editar, em novembro de 2008, a súmula vinculante n. 13, erigida como

¹⁷ Cumpre registrar diplomas normativos como a Lei da Transparência, a Lei de Acesso à Informação, entre outros, que promoveram uma mudança com relação à cultura do sigilo de documentos e informações no âmbito da Administração Pública.

¹⁸ Outra não foi a decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região: ADMINISTRATIVO - SERVIDOR - CARGO EM COMISSÃO - HORAS EXTRAS LABORADAS - ART. 19, §1º, DA LEI Nº 8.112/90. I - Os ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança não fazem jus a horas extraordinárias laboradas, porquanto, à luz do art. 19, §1º, da Lei nº 8.112/90, tais servidores submetem-se ao regime integral de dedicação ao serviço, podendo ser convocados sempre que houver interesse da Administração.

II - Apelação improvida. (BRASIL, 2004)). Da mesma forma, o entendimento do TCE/SC, conforme prejudgado 1913: “É indevido o pagamento de horas-extras a servidores ocupantes de cargos em comissão e a servidores que desempenham função gratificada, em função da natureza das funções que demandam, eventualmente, jornada de trabalho além do horário normal de expediente.” (SANTA CATARINA, 2007)

marco no combate ao clientelismo institucional¹⁹. O provimento dos cargos em comissão deve ter como requisito fundante a natureza do vínculo que se cria entre o Estado e o servidor, que não é outro senão o profissional, conforme assentado anteriormente.

Não se trata de combater o instituto do cargo comissionado, mas a sua disfuncionalidade, isso porque o Direito Administrativo pautado pela eficiência, por uma gestão de resultados, deve dispor de mecanismos que possibilitem a determinados profissionais com características singulares o ingresso, mesmo que transitoriamente, no quadro de pessoal da Administração Pública. Essa flexibilidade também é necessária em outros institutos do direito administrativo²⁰.

Não se podem considerar como patológicos todos os provimentos comissionados, pois, como assevera Musetti (2001), a própria natureza do cargo visa a resguardar, em última análise, a moralidade administrativa na medida em que permite ao bom administrador a livre nomeação de pessoas de sua confiança para exercerem a função pública administrativa de forma eficiente e útil.

Assim, os dois extremos constituem situações patológicas dentro de um Estado Constitucional, cuja diretriz valorativa impõe um dever de agir com ética e eficiência de modo a atender ao direito fundamental à boa administração. Tanto o apadrinhamento, provimento como troca de favor por pessoas desprovidas de conhecimento profissional para o desempenho das atribuições do cargo, como o engessamento da Administração²¹, não permitindo recrutar profissionais com *expertise* técnica e política, violam o propósito finalístico dos cargos em comissão.²²

¹⁹ *Súmula Vinculante n. 13*. 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. (BRASIL, 2008)

²⁰ Cita-se como exemplo o processo licitatório, que dispõe de alguns mecanismos nesse sentido, como por exemplo, o rol de dispensas e os casos das inexigibilidades de licitação.

²¹ Há que se ter em conta que o concurso público é uma forma de seleção impessoal daqueles que em determinado momento demonstraram conhecimento compatível com as exigências do cargo. O próprio constituinte derivado reconheceu a necessidade de outros instrumentos que assegurassem que durante o exercício das atividades profissionais, o servidor continuasse sendo avaliado.

²² A aplicação do princípio concursivo também passa por adaptações e aperfeiçoamentos. Trata-se de uma falácia considerar que todos aqueles que logram êxito no concurso no público possuem, de fato, capacidade e *expertise* suficientes para o desempenho das atividades do seu cargo. Muitas vezes, a própria dificuldade do concurso lhe confere uma espécie de selo de qualidade, substitutivo, por ora, do conhecimento profissional. O senso comum condenaria, por exemplo, que um dentista ocupasse um cargo comissionado de contador. Mas, se esse mesmo dentista realizasse um concurso para um cargo que não lhe exigisse habilitação na área, não haveria qualquer

Alguns diplomas normativos, em sintonia com o princípio da boa administração, das escolhas legítimas (FREITAS, 2007), incluíram um regramento específico destinado ao provimento dos cargos comissionados.

Cita-se, como exemplo, a Lei Complementar Municipal n. 465/13 de Florianópolis, a qual introduziu um capítulo para tratar do perfil profissional para o exercício de cargos de provimento em comissão, cujos dispositivos estabelecem:

Art. 70. Para o exercício dos cargos de provimento em comissão de Direção e Assessoramento Superior (DASU), padrões 1 e 2, deverá o ocupante do cargo possuir, preferencialmente, formação superior em curso de graduação.

Art. 71. Para o exercício do cargo em comissão de Assessor Jurídico, deverá o ocupante do cargo possuir formação em curso superior de graduação em Direito, com registro na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Art. 72. Para o exercício da função gratificada de Responsável por Contabilidade da Unidade Gestora, deverá o ocupante do cargo possuir formação em curso superior em Ciências Contábeis, com registro na respectiva entidade de classe profissional. (FLORIANÓPOLIS, 2013)

Tal regramento avança na tentativa de assegurar a natureza do vínculo que se estabelece com a Administração. Para tanto, a escolha deve exigir não apenas o atributo da confiança, mas também a presença de qualificadores objetivamente verificáveis que comporão o núcleo dos requisitos mínimos necessários para o desempenho das atribuições do cargo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Parte-se da compreensão valorativa do Estado para reconhecer o direito à boa administração, inspirado na Declaração de Direitos Fundamentais da União Europeia, como um vetor cogente na sistemática constitucional, incidindo, inclusive, sobre os princípios de organização e funcionamento da Administração Pública.

Essa pauta valorativa também deve subsidiar as atividades de controle, amparando-as para o combate das desconformidades finalísticas das escolhas que recaem tanto sobre o arcabouço normativo de criação dos cargos comissionados quanto sobre o agir concreto do poder público no provimento de tais cargos.

Desse modo, o mau uso dos cargos comissionados e a violação das diretrizes constitucionais podem atingir dois momentos distintos, a saber: o primeiro, o da criação, e o segundo, o do seu provimento.

A criação de tais cargos deve atender as reais demandas da Administração Pública, de modo que o dever de observância ao princípio da proporcionalidade obstaculiza o excesso no quantitativo de cargos comissionados previstos em lei. Também incide como regra limitadora, que se opera no plano abstrato, a previsão para que determinado percentual dos cargos em comissão seja preenchido por servidores efetivos. Trata-se, nesta hipótese, do *standard* da eficiência como garantidor do desempenho profissional das atribuições do cargo.

O terceiro ponto de controle, no campo da norma, está atrelado à verificação das reais atribuições do cargo, cuja natureza deve ser compatível com as atividades de direção, chefia e assessoramento. Por fim, também se insere no campo da sindicabilidade a adequada previsão do impacto orçamentário e financeiro que a criação dos cargos acarretará nas despesas de pessoal. A tentativa de mascarar os dados reais vai à contramão da diretriz de transparência que se impõe ao poder público.

No que se refere ao ato de provimento, constata-se a adoção de medidas que visam a extirpar a cultura do clientelismo tão arraigada na sociedade brasileira. A vedação ao nepotismo inaugura uma nova fase, a de valorização da *expertise* profissional. Busca-se um resgate da capacidade, objetivamente verificável, daqueles que desempenham atividades técnico-políticas dentro da Administração.

Nesse cenário alguns diplomas normativos já começam a inserir requisitos mínimos, condizentes com as atribuições do cargo, que devem ser atendidos por aquele em cuja confiança será depositada.

Assim, frisa-se, não se trata de combater o instituto do cargo comissionado, mas a sua disfuncionalidade. O repensar do Direito Administrativo à luz da boa administração impõe ao poder público o impulsionar de um novo agir administrativo.

REFERÊNCIAS

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito*. Florianópolis: CESUSC, 2002.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Profissionalização da função pública: a experiência brasileira*. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades do Brasil, Curitiba, n. 1, p. 17-25, mar./ago. 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1824). *Carta de Lei de 25 de Março de 1824*. Brasília: Fundação Projeto Rondon - Minter, 1986.

_____. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: 24 de fevereiro de 1891*. Brasília: Fundação Projeto Rondon – Minter, 1986.

_____. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil: 10 de novembro de 1937*. Brasília: Fundação Projeto Rondon – Minter, 1986.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>>. Último acesso em: 8 jan. 2014

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.125/TO*. Requerente: Partido Social da Democracia Brasileira – PSDB. Requerido: Governador do Estado do Tocantins e Assembleia do Estado do Tocantins. Relator Min. Cármen Lúcia. DJE 15/02/2011 - ATA Nº 11/2011. DJE nº 30, divulgado em 14/02/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618980>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.602/GO*. Requerente: Procurador Geral da República. Requeridos: Assembleia Legislativa do Estado de Goiás e Governador do Estado. Relator Min. Joaquim Barbosa. DJE 07/06/2011 - ATA Nº 86/2011. DJE nº 108, divulgado em 06/06/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2331568>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag.Reg. no Recurso Extraordinário n. 365.368/SC*. Agravante: Município de Blumenau. Agravado: Câmara Municipal de Blumenau. Relator Min. Ricardo Lewandowski. DJ 29/06/2007 - ATA Nº 33/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469872>>. Acesso em: 14 jan. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 742.970/SP*. Recorrente: Câmara Municipal de São Bernardo do Campo. Recorrido: Município de São Bernardo do Campo. Relator Min. Cármen Lúcia. DJE 06/02/2014 - ATA Nº 4/2014. DJE nº 25, divulgado em 05/02/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4389985>>. Acesso em: 14 jan. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 347*. O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.

Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 151.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n. 13*. 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. DJe nº 162 de 29/8/2008, p. 1. DOU de 29/8/2008, p. 1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2014.

_____. Tribunal Regional Federal 2ª Região. Apelação Cível. Cargo em comissão e horas extras laboradas, art. 19, § 1º, da lei n. 8112/90. *Apelação n. 199650010036005*. Relator Desembargador Castro Aguiar. DJU 28/06/2004. Disponível em: http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=cache:nUrOH77biUUJ:www.trf2.com.br/idx/trf2/ementas/%3Fprocesso%3D199650010036005%26CodDoc%3D123586+cargo+comiss%C3%A3o+hora+extra+&client=jurisprudencia&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang_pt&ie=UTF-8&site=ementas&access=p&oe=UTF-8. Acesso em 13 de jan. 2014.

CABANES, Arnaud. *Essai sur la Gouvernance publique: un constat sans concession... quelques solutions sans idéologie*. Paris: Gualino Ed., 2004.

CAMMAROSANO, Márcio. Cargos em comissão - breves considerações quanto aos limites à sua criação. *Revista Interesse Público*, n. 38, p. 25-31, jul./ago. 2006.

CARBONELL. El Constitucionalismo en su labirinto. In CARBONELL (Ed.). *Teoría Del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta; 2003.

DROMI, Roberto. *Modernización del control público*. Madrid: Hispania Libros, 2005.

FLORIANÓPOLIS. *Lei Complementar Municipal n. 348*, de 27 de janeiro de 2009. Dispõe sobre o modelo de gestão e a estrutura organizacional da administração pública municipal de Florianópolis. Disponível em: <<https://www.leismunicipais.com.br/a1/sc/f/florianopolis/lei-complementar/2009/34/348/lei-complementar-n-348-2009-dispoe-sobre-o-modelo-de-gestao-e-a-estrutura-organizacional-da-administracao-publica-municipal-de-florianopolis.html>>. Acesso em: 16 jan. 2014.

_____. *Lei Complementar Municipal n. 465*, de 28 de junho de 2013. Dispõe sobre a organização administrativa e a reestruturação de cargos da administração pública municipal e adota outras providências. Disponível em: <<https://www.leismunicipais.com.br/a1/sc/f/florianopolis/lei-complementar/2009/34/348/lei-complementar-n-348-2009-dispoe-sobre-o-modelo-de-gestao-e-a-estrutura-organizacional-da-administracao-publica-municipal-de-florianopolis.html>>. Acesso em: 16 jan. 2014.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MALLÉN, Beatriz Tomás. *El derecho fundamental a una buena administración*. Madrid, INAP, 2004,

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: R. dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição da república dos Estados Unidos do Brasil*, n. 8, v. 2, 1934.

MUSETTI, Rodrigo Andreotti. O nepotismo legal e moral nos cargos em comissão da administração pública. *Revista de Direitos Difusos*, [S.l.], v. 10, p. 1355-1363, p. 1362, dez. 2001.

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

RIBEIRO, Paulo Roberto Rios. As fronteiras mal demarcadas do público e do privado no Brasil: a prática do nepotismo na administração pública brasileira. In: *Outros Tempos: volume 01*, p.74-93, 2004.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 173.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta; 2003.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado. Acórdão n. 0220/2013 exarado no processo *PCA n. 06/00089037*. Unidade Gestora: Câmara Municipal de Pedras Grandes. Relator conselheiro Adircélio de Moraes Ferreira Júnior. Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br/web/menu/processos>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

_____. Tribunal de Contas do Estado. Acórdão n. 0688/2012 exarado no processo *RLA n. 10/00655110*. Unidade Gestora: Câmara Municipal de Palhoça. Relator conselheiro Luiz Roberto Herbst. Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br/web/menu/processos>>. Acesso em: 14 fev. 2014.

_____. Tribunal de Contas do Estado. Acórdão n. 0709/2013, exarado no processo *REP n. 09/00036168*. Relator conselheira substituta Sabrina Nunes Iocken. Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br/web/menu/processos>>. Acesso em: 14 jan. 2014.

_____. Tribunal de Contas do Estado. Acórdão n. 2025/2012, exarado no processo *REP n. 10/00492653*. Unidade Gestora: Câmara Municipal Jaguará do Sul. Relator conselheira substituta Sabrina Nunes Iocken. Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br/web/menu/processos>>. Acesso em: 14 fev. 14.

_____. Tribunal de Contas do Estado. Acórdão n. 2747/2007, exarado no processo *CON n. 07/00001905*. Rel. Cons. Moacir Bertoli Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br/web/menu/processos>>. Acesso em: 14 jan. 2014.

VALLE, Vanice Lírio do. Cargos em comissão, seu caráter instrumental à boa administração e os respectivos limites constitucionais. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, a n o 7 , n . 8 1 , n o v . 2 0 0 7 . Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx? pdiCntd=48352>>. Acesso em: 13 fev. 2014.

WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. Tradução de Waltensir Dutra. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

XAVIER, Samara. Cargo em comissão: uma abordagem histórica e contemporânea do provimento de confiança na Administração Pública. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 8, n. 90, ago. 2008. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=54485>>. Acesso em: 10 fev. 2014.