

FUNÇÃO PÚBLICA

Para que servem cargos em comissão?

STF indica dificuldades no atual modelo de governança de posições dessa natureza

ANA LUÍZA CALIL
ANNA CAROLINA MIGUEIS PEREIRA
CONRADO TRISTÃO
CAMILA CASTRO NEVES
RICARDO ALBERTO KANAYAMA

Crédito: Nelson Jr./SCO/STF

A Constituição Federal estabeleceu o concurso como regra geral para o acesso a cargos e empregos públicos. Em seus termos: *“a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos”* (art. 37, II).

A regra não é absoluta. A própria Constituição excepciona do concurso público *“as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”*. Cargos dessa natureza *“destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”* e devem ser preenchidos *“por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei”* (art. 37, V).

Apesar da previsão constitucional, até hoje não foi editada uma lei geral que discipline os cargos em comissão em âmbito nacional. A lacuna tem gerado embates no campo judicial.

O **Supremo Tribunal Federal (STF)** acaba de julgar a **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 44**, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Na ação, a OAB sustenta que haveria omissão legislativa quanto à edição de norma regulamentando as condições e os percentuais mínimos dos cargos em comissão a serem preenchidos por servidores de carreira.

O ministro relator do caso, Gilmar Mendes, proferiu voto que foi acompanhado pela maioria do plenário, nos seguintes termos: *“Não houve omissão legislativa nem inércia do legislador ordinário para a edição de lei nacional que discipline a matéria (...), cabendo a cada*

ente federado definir as condições e percentuais mínimos para o preenchimento dos cargos em comissão, de acordo com suas necessidades burocráticas”.

Segundo o ministro, *“eventual lei nacional dispendo sobre os casos, condições e percentuais mínimos de cargos em comissão pode afrontar a autonomia e competência de cada um dos entes da Federação para dispor sobre o tema e adequar a matéria a suas necessidades”.*

Mas será que o atual modelo, com a disciplina dos cargos em comissão apenas em âmbito local, tem sido suficiente para assegurar o uso do instituto segundo os mandamentos constitucionais? A própria jurisprudência do STF sobre o tema parece indicar que não. É o que o presente artigo buscará apresentar.

Qual a função dos cargos em comissão para o STF?

A Constituição prevê, como já mencionado, que os cargos em comissão *“destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”* (art. 37, V). Mas, na prática, quais exatamente seriam essas atribuições? Como inexistente lei geral, de abrangência nacional, disciplinando o tema, tem competido ao STF fazê-lo.

E o que o tribunal tem entendido como atribuições próprias de cargos em comissão?

O STF entende que *“a criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais”* (**Tema 1010**).

Elemento frequentemente utilizado pelo tribunal para distinguir cargos em comissão é o *“vínculo de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado para o desempenho da atividade de chefia ou assessoramento, o que legitima o regime de livre nomeação e exoneração”* (**Tema 1010**).

Nesse sentido, *“viola o disposto no art. 37, II, da Constituição Federal a criação de cargos em comissão referentes a funções para cujo desempenho não é necessária a confiança pessoal”* (**ADI 6669/MA**).

Além disso, o tribunal entende que *“funções permanentes ou de rotina administrativa são próprias das carreiras regulares e dos cargos efetivos”, de modo que “a lei não pode criar cargos ditos de confiança para substituir outros de cunho permanente e que devem ser criados como cargos efetivos”* (**ADI 3145/DF**).

Assim, *“não se admite a criação de tais cargos e funções para o exercício de atribuições meramente executivas ou operacionais, que dispensam a confiança pessoal da autoridade pública no servidor nomeado”* (**ADI 4867/PB**).

A jurisprudência do STF, aqui brevemente mencionada, demonstra um esforço do tribunal no sentido de consolidar regras gerais acerca do regime jurídico dos cargos em comissão. Contudo, essa mesma jurisprudência aponta que a construção de um regime jurídico dos cargos em comissão pela via judicial tem enfrentado dificuldades.

Que desafios o STF tem enfrentado no controle dos cargos em comissão?

A jurisprudência recente do STF sobre o tema dos cargos em comissão indica que o tribunal tem enfrentado ao menos três desafios em suas tentativas de assegurar o uso do instituto segundo os comandos constitucionais.

O primeiro desafio é o recorrente uso de termos genéricos pelas leis de criação dos cargos em comissão para a descrição de suas funções. Por vezes, as leis descrevem tais atribuições simplesmente como “*atendimento imediato das necessidades dos órgãos e entidades da administração pública*” (**ADI 3145/DF**).

Há casos, inclusive, em que as leis não trazem nenhuma descrição quanto às atribuições dos cargos criados, cabendo ao STF a tarefa de desvendá-las a partir do nome atribuído ao cargo – por exemplo, “auxiliar de juiz” (**ADI 3174/SE**).

Essa abertura conceitual na descrição das atribuições dos cargos em comissão dificulta o controle pelo STF, inclusive para a aplicação do entendimento construído pelo próprio tribunal quanto às funções próprias desse tipo de cargo.

O segundo desafio diz respeito à dispersão do tema dos cargos em comissão no território nacional. Nas Ações Direitas de Inconstitucionalidade (ADIs) julgadas pelo STF, desde 2015, questionando a constitucionalidade de leis instituidoras de cargos em comissão devido às suas atribuições, mais de 70% tiveram por objeto normas estaduais.

O número sugere que medidas que busquem assegurar o uso adequado dos cargos em comissão devem ter âmbito de incidência nacional, sendo difícil o aprimoramento do instituto apenas com base em medidas pontuais e casuísticas.

Por fim, o terceiro desafio consiste no extenso lapso temporal entre a edição das leis que criam cargos em comissão e, quando questionadas perante o STF, seu julgamento pelo tribunal. No caso das já mencionadas ADIs sobre o tema analisadas pelo STF desde 2015, o tempo médio entre a criação dos cargos em comissão e o julgamento pelo tribunal é de aproximadamente dez anos. Em um dos casos, o tempo transcorrido foi de cerca de 27 anos.

O longo tempo de aplicação de normas cuja constitucionalidade pode ser, depois de anos em vigor, afastada pelo STF gera uma série de incertezas quanto à efetividade das decisões, criando um cenário de insegurança jurídica. Afinal, passada mais de uma década de vigência de uma lei que cria cargos em comissão, é possível que dezenas – ou até

centenas – de pessoas já tenham sido nomeadas para postos considerados, posteriormente, incompatíveis com a atual ordem constitucional.

*

A jurisprudência do STF sobre o tema dos cargos em comissão aponta que nosso atual modelo de governança desse instituto – com regras locais e um controle *a posteriori* pelo Judiciário – tem enfrentado dificuldades. Será que uma lei geral, de âmbito nacional, com regras mínimas sobre cargos em comissão, não seria uma forma eficiente de aprimorarmos o instituto e ainda desonerarmos nossos tribunais?

ANA LUÍZA CALIL – Advogada e Consultora. Doutoranda em Direito Administrativo (USP). Fundadora e pesquisadora do UERJ Reg. Membro do Projeto Mulheres na Regulação. Administradora da página @oadmfica

ANNA CAROLINA MIGUEIS PEREIRA – Doutora e mestre em Direito Público pela Uerj. Pesquisadora do Uerj Reg.

CONRADO TRISTÃO – Mestre e doutorando em Direito pela FGV-SP. Coordenador executivo do Núcleo de Inovação da Função Pública – sbdp

CAMILA CASTRO NEVES – Mestre em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP. Pesquisadora do Núcleo de Inovação da Função Pública - sbdp. Advogada

RICARDO ALBERTO KANAYAMA – Mestre em Direito e Desenvolvimento e pós-graduado em Propriedade Intelectual e Novos Negócios pela FGV Direito SP. Bacharel em Direito pela UFPR. Pesquisador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp. Advogado em Curitiba