**LIMITES DOS CARGOS EM COMISSÃO NO SETOR PÚBLICO**

Thaís Aparecida de Melo ¹

**RESUMO**

O setor público apresenta um grande descontrole no que diz respeito a contratação dos cargos em comissão, tais contratações normalmente ultrapassam a mais da metade do funcionalismo público de cada órgão. Essa atitude além de ir contra os princípios e normas previstos em Lei, é injusta com a coletividade: tanto para o ingresso do agente público por critérios de meritocracia, como também, por acarretar inúmeros malefícios a Administração, pois na maioria das vezes os agentes indicados para a função não estão aptos para exercê-las, gerando assim, uma má prestação do serviço público. Portanto, este artigo visa esclarecer e passar o conhecimento necessário para a população acerca da importância de se limitar os atos do Gestor Público, mesmo que estes sejam discricionários.

**Palavras chave:** Setor Público. Cargos em Comissão. Administração. Agente Público. Gestor.

**Introdução**

Preliminarmente, é de suma importância fazer um resgate na história brasileira a fim de entender a gênese do patrimonialismo no Brasil. Estudos apontam que nosso país tem um percentual elevado de servidores em exercício sem a prévia aprovação em concurso público, todavia, estes cargos por sua essência deveriam ser ocupados por servidores efetivos, por critérios de meritocracia e não por questões políticas.

O presente artigo tem a finalidade de questionar até que ponto o gestor público tem a liberdade de escolha quanto a nomeação dos cargos em comissão sem que tenha infringido os princípios e normas do direito Constitucional e Administrativo.

Por conseguinte, visa também propor algumas medidas para acabar de vez com o abuso nas contratações dos cargos de confiança, pois sabemos que as ações do gestor mesmo sendo discricionária não são afastadas do controle jurisdicional.

Corrobora o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello:

Assim como ao Judiciário compete fulminar todo comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assinalam os confins da liberdade discricionária. (2013, p. 994 – 995).

Em virtude do aludido, restou comprovado a necessidade de ter uma alteração no modo de atuação do Administrador no setor Público, tendo como finalidade acabar com atos de arbitrariedade em sua gestão. No entanto, para que isso seja possível é indispensável que haja um equilíbrio e harmonia entre o Legislador e Gestor.

Funcionalismo público - pelo menos no âmbito do Poder Executivo Federal- vive um momento em que se ensaiam mudanças que foram tentadas, mas que fracassaram no passado. O desafio consiste em consolidar as mudanças em curso, disseminá-las para as instancias estaduais e municipais e torna-las sustentáveis. (GAETANI, FRANCISCO, 2012, p.413).

**Evolução Histórica dos Cargos em Comissão**

O perfil democrático no Brasil surgiu somente após inúmeras lutas e revoluções de nossos ascendentes. O poder era dado de forma exclusiva e integral ao Monarca, o qual agia de acordo com o seu bel prazer e sem nenhuma limitação jurídica.

De acordo com o registro histórico do provimento de funções públicas, a concepção oriunda da ideologia imperial, de que as funções de confiança são ‘de propriedade’ da autoridade nomeante, não pode mais prevalecer, diante do princípio da democracia republicana, devendo a opção discricionária ser exercitada com observância de parâmetros determinados, reprovando-se, assim, atos de investidura fundados em simples preferência subjetiva. (JUSTEN FILHO, 2005, p. 595).

Com a evolução política, se fez necessário grandes mudanças, as quais fizeram eclodir a Supremacia do Direito, que considera essencial à vontade exclusiva e integral do Povo, e em prol ressalta-se os direitos e garantias da coletividade, e não mais as do Monarca, como antigamente.

Como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Na segunda etapa do Estado Moderno, instaurou-se o chamado Estado de Direito, estruturado sobre os princípios da legalidade, igualdade e separação de poderes, todos objetivando assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre esses e o Estado. É da mesma época o constitucionalismo, que vê na Constituição um instrumento de garantia da liberdade do homem, na medida em que impõe limites às prerrogativas dos governantes. (2012, p. 40).

Diante desse novo cenário, nasceu também o ramo do Direito Administrativo, o qual veio com o propósito de nortear, regulamentar e limitar os atos dos gestores na máquina pública. No entanto, mesmo após tantas conquistas os cargos públicos ainda continuam sendo utilizados em grande escala com reflexos da visão patrimonialista, ou seja, sendo utilizados não pelo interesse da sociedade, mas sim, visando apenas o interesse do Administrador que não sabe distinguir as relações públicas enquanto governante das relações familiares ou de afeto.

A justificativa de tais condutas permanecerem nos dias atuais podem ser dadas em razão da história brasileira ou até mesmo pela falta de uma regulamentação normativa mais rigorosa que delimite o quantitativo de cargos em comissão de forma mais clara, objetiva e com sanções mais severas a quem não seguir os princípios republicanos.

**Distinção dos Cargos Públicos**

É de suma importância ter conhecimento da composição da estrutura dos cargos públicos e a forma de ingresso na administração pública, as quais são dadas por meio de: cargos de provimento efetivo, cargos em comissão ou por contratação temporária.

Os cargos efetivos, que são a regra: são ocupados por servidores de carreira, tendo como ingresso aprovação em concurso público; em casos excepcionais temos: os cargos em comissão que são aqueles por livre nomeação e exoneração, podendo ser de carreira ou por indicação do gestor; e por fim, o ingresso por contratação temporária, desde que seja admitida tal possibilidade em lei e tenha critérios de necessidade provisória.

Não se discute neste artigo a relevância de ter uma estrutura organizacional que contenha a possibilidade de haver cargos de confiança na Administração Pública, pois de fato é extremamente importante que tenha. O cerne da questão é a falta de razoabilidade, proporcionalidade e limites dos atos do gestor no que diz respeito ao excesso destas nomeações.

Normalmente, o Administrador acaba agindo de forma arbitrária e excedendo os limites do seu poder de nomeação dos cargos em comissão, e por esta razão acaba enchendo o setor público com pessoas de sua confiança, fazendo então uma inversão dos polos, o que era para ser usado de forma excepcional, acaba sendo utilizado como “regra”, simplesmente porque tem “vontade” de colocá-los em virtude de interesses alheios aos da Administração, tais como: por caráter eleitoreiro, foro íntimo ou familiar, afastando contudo a real finalidade pública que é o interesse da população.

Ademais, mesmo que a constituição permita a manutenção dos cargos em comissão, estes só podem ser destinados para as funções de: chefia, assessoramento e direção. Além do que não pode ser deixado de lado os princípios que rege a administração pública e os critérios de qualificação profissional dos indicados, pois não basta a pessoa ser de sua inteira confiança, esta tem que ter as mesmas atribuições e qualificações exigidas para respectivo cargo.

Com efeito, um critério de seleção que não for dado por uma escolha que permita que o agente tenha capacidade para exercer funções tão importantes como as de direção, chefia e assessoramento acaba colocando em risco a estrutura da administração.

**Deveres da Administração Pública**

A administração pública na gestão dos seus atos tem como dever seguir os princípios estabelecidos na constituição e no âmbito administrativo, os quais são: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, entre outros.

O ingresso para os cargos públicos sem prévio concurso traz malefícios para a coletividade, uma vez que não tem continuidade nos programas e políticas públicas em razão da rotatividade e falta de capacitação e especialização dos agentes nomeados as funções de confiança.

Acerca das regras para ingresso do cargo público, a Constituição prevê que:

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;

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

IX -  a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público. (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

A legislação ao impor a regra do concurso público para ocupação dos seus cargos, quis destacar a importância de se respeitar os parâmetros isonômicos e de moralidade administrativa para o fim social.

Nesse contexto, afirma Matheus Carvalho:

O requisito básico para garantia de impessoalidade, moralidade e isonomia no acesso a cargos públicos é a realização de concurso público, de provas ou de provas e títulos, uma vez que os critérios de seleção são objetivos, não se admitindo quaisquer espécies de favoritismos ou discriminações indevidas. (2017, p. 795).

Infelizmente, é identificado nos atos de gestão brasileira uma crescente compulsão pela criação e provimento dos cargos em comissão. Contudo, tal conduta tem a finalidade precípua de burlar a regra constitucional, que é o ingresso por meio do concurso público.

Visando inibir e neutralizar os abusos nos atos públicos, é essencialmente importante que a Administração se preze, principalmente, atuando em caráter isonômico seguindo os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade e impessoalidade.

Matheus Carvalho ratifica a importância dos princípios:

Os princípios devem ser encarados como normas gerais coercitivas que orientam a atuação do indivíduo, definindo valores a serem observados nas condutas por ele praticadas. De fato, os princípios encerram ideias centrais de um sistema e dão sentido lógico e harmonioso às demais normas que regulamentam o Direito Administrativo, possibilitando sua melhor organização. Por seu turno, os princípios de Direito Administrativo definem a organização e a forma de atuar do ente estatal, estabelecendo o sentido geral de sua atuação. (2017, p. 60).

Portanto, ficou comprovado que os atos de gestão pública devem ser sempre pautados nos direcionamentos previstos nos princípios e legislação administrativa, pois o gestor tem o dever de fazer apenas o que lhe é permite na norma, confirmando mais uma vez que o interesse da Administração é um direito indisponível, no qual seus administradores não tem qualquer poder individual.

**Penalidades ao Gestor Público que Age de Forma Ilegal na Contratação de Cargos em Comissão**

No caso em análise, para melhor compreensão do instituto Improbidade Administrativa na modalidade violação dos princípios faz-se crucial transcrever o artigo 11 da referida lei:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço. (BRASIL, Código Civil, Lei 8.429, 1992).

A Lei 8.429/1992 além de citar os deveres das ações do agente público, prevê juntamente com a Carta Magna algumas punições para o agente que fizer proveito da sua função para: enriquecer ilicitamente, causar danos ao erário ou atentar contra os princípios administrativos.

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. (BRASIL, Lei 8.429, 1992).

Art. 37. § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento. (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

De acordo com o artigo 21, inciso I, da Lei de Improbidade, a aplicação das sanções previstas ao agente que viole as normas administrativas independe da efetiva ocorrência do dano ao erário, salvo quanto à pena de ressarcimento.

Por outro lado, afirma Alexandre de Moraes *apud* Mauro Roberto Gomes de Mattos (2006) que:

Afastou-se, portanto, a responsabilização objetiva do servidor público, pois a finalidade da lei é responsabilizar e punir o administrador desonesto. A lei de improbidade, portanto, não pune a mera ilegalidade, mas a conduta ilegal ou imoral do agente público e de todo aquele que o auxilie voltada para a corrupção. O ato de improbidade administrativa exige para a sua consumação um desvio de conduta do agente público, que no exercício indevido de suas funções afaste-se dos padrões éticos morais da sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas ou gerar prejuízos ao patrimônio público, mesmo que não obtenha sucesso em suas intenções, como ocorre nas condutas previstas no artigo 11 da presente lei. (MATTOS, 2006, p.8).

Nota-se que há uma correlação do Direito Administrativo com o Constitucional, fazendo necessário que os atos do gestor público se amolde a todos os princípios explícitos e implícitos presente em nosso ordenamento jurídico.

De acordo com o entendimento de José Afonso da Silva:

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4.º). A probidade administrativa consiste no dever de o ‘funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer. (2014, p. 671).

Conquanto, vale mencionar que em situações de caráter emergencial poderá haver conflitos entre as etapas administrativas ou normas principiológicas. Havendo tal embate, o agente terá que fazer a escolha em que prevalecerá o interesse social, e este não será penalizado, pois a essência do ato administrativo foi mantida.

**Soluções para Acabar com o Excesso dos Cargos em Comissão no Setor Público**

Em face do histórico político brasileiro e seus reflexos nos dias atuais, torna-se necessário criar algumas medidas para coibir os abusos e descontrole da Administração no ato das nomeações dos cargos de confiança.

Assim, faz oportuno mencionar as medidas que já foram tomadas: a Súmula Vinculante nº 13 – que veda o nepotismo, a inclusão do inciso V no artigo 37 da CF e a criação da PEC 110/2015 que veio para restringir a quantidade dos cargos em comissão - não podendo superar 1/10 dos cargos efetivos de cada órgão, tendo como regra que pelo menos metade dos cargos de confiança sejam destinados a servidores de carreira.

Entretanto, diante da situação atual, percebe-se que tais medidas não foram suficientes para cessar com a arbitrariedade do Administrador Público. É evidente, que a criação e nomeação descontrolada dos cargos em comissão sem qualquer parâmetro legal não é favorável para o bem comum, pois além de desrespeitar as normas e princípios previstos pela Administração, traz prejuízos quanto a aplicabilidade na prestação do serviço estatal, uma vez que a maioria dos ocupantes não estão aptos para exercê-las.

Menciona Gustavo Senna Miranda, em seu livro “Princípio do Juiz natural e sua aplicação na lei de improbidade administrativa”, que:

A probidade administrativa deve informar toda a atuação da administração pública, configurando requisito imprescindível para os agentes públicos, sendo a sua observância fundamental para a efetivação das prestações sociais, para o atendimento das necessidades básicas da população. (2007, p.110).

Isto posto, restou comprovado que para haver melhorias na prestação do serviço público, é imprescindível ter uma reorganização na gestão do quadro de pessoal da Administração.

Com intuito de obter estas melhorias, algumas medidas deverão ser tomadas pelo setor público, tais como:

 - Optar preferencialmente pela criação da função de confiança para servidores de carreira;

- Haver uma fiscalização mais árdua pelo órgão com relação aos cargos em comissão;

- Criar sanções mais severas para as autoridades que autorizem a criação ou provimento dos cargos de confiança de forma ilegal.

- Atuação do Judiciário com mais afinco na apuração das ilegalidades do atos públicos.

Todavia, as medidas elencadas acima só terão eficácias com a criação de normas mais claras e específicas que mencione o quantitativo exato dos cargos em comissão, além de fiscalizações e penalidades mais rigorosas que de fato façam os gestores temerem a não observância dos princípios e normas impostas na legislação brasileira.

**Considerações Finais**

Diante de todo exposto, tornou-se evidente que nosso país necessita com urgência de modificação no modo de atuação dos gestores públicos, principalmente, no que diz respeito a utilização indevida dos cargos de confiança.

O questionamento que faço após tantas pesquisas é o seguinte: qual é o verdadeiro motivo para permanecer nos dias atuais inúmeros cargos em comissão em nossa administração?

Essa combinação do Público e Privado que ficou enraizada em face da história política brasileira tem que acabar de vez no cenário atual, visto que deve prevalecer sempre um único interesse nos atos de gestão pública: o bem social.

Para que um cargo em comissão seja considerado benéfico para a população, faz-se necessário elaborar as seguintes indagações: qual é a verdadeira importância deste cargo em comissão? Quais vantagens podem trazer para o bem comum e para o próprio órgão?

É sabido que o ato do gestor na nomeação do agente público é discricionário, no entanto, para que este ato seja considerado válido e idôneo, a seleção deste agente não pode ser pautada apenas em critério subjetivo de confiança, nesta escolha deve ser analisado também critérios objetivos técnicos e profissionais.

A grande problemática desta questão é a ausência de uma norma que imponha limites a quantidade exata dos cargos em comissão de cada órgão, além da falta de estabelecer critérios mais rigorosos nas fiscalização e punições ao gestor infrator.

É relevante frisar que esta falta de fiscalização e punição mais severas dão margem a uma maior sensação de impunidade, e em contrapartida, não gera temor algum a quem infringe suas diretrizes. Estas inconstitucionalidades devem ser combatidas com mais segurança jurídica e apreço técnico.

Nota-se que em um órgão que tenha um quadro de pessoal de cargos em comissão maior do que os cargos de carreira tem-se fortes indícios de abusos nos atos das nomeações das funções de confiança, configurando assim, a arbitrariedade do Administrador Público.

Desse modo, em virtude do aludido, presume-se que a admissão de servidores mediante concurso público continua sendo a forma mais eficaz e eficiente para se ter uma boa qualidade na prestação do serviço público.

Portanto, conclui-se que a nomeação dos cargos em comissão usada de forma irregular pelo autoridade Administradora representa um retrocesso enorme para a Setor Público e toda a Coletividade.

**REFERÊNCIAS**

 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> >. Acesso em: 03 de fev de 2020.

BRASIL. Código Civil (2002). **Lei nº 8.429 de 1992:** promulgada em 02 de junho de 1992. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm> >. Acesso em: 03 de fev de 2020.

BRETONES, Fernanda Moreira da Costa. **Artigo: Cargos em comissão e funções de confiança no Ministério Público.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68976/cargos-em-comissao-e-funcoes-de-confianca-no-ministerio-publico>>. Acesso em: 04 de fev de 2020.

RODRIGUES, Marco Antônio. **Artigo: Nomeação em Comissão e Função de Confiança.** Disponível em:<<https://www4.tce.sp.gov.br/ecp/sites/default/files/marco_antonio_rodrigues.pdf>>. Acesso em: 04 de fev de 2020.

CARVALHO, Raquel. **Artigo: Cargos em comissão e funções comissionadas: “a rodo” ou com limites**?**.** Disponível em: <http://raquelcarvalho.com.br/2019/09/18/cargos-em-comissao-e-funcoes-comissionadas-a-rodo-ou-com-limites/>. Acesso em: 05 de fev de 2020.

OLIVEIRA, Frederico. **Artigo: Improbidade Administrativa Contemporânea frente aos Princípios Administrativos Norteadores.** Disponível em: <https://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/improbidade-administrativa-contemporanea-frente-aos-princIpios.htm>. Acesso em: 06 de fev de 2020.

BORGES, Maria Cecília. **Artigo: Das funções de confiança stricto sensu e dos cargos em comissão: abordagem constitucionalmente adequada.** Disponível em: <https://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1469.pdf>. Acesso em: 07 de fev de 2020.

SANTOS, Luiz Alberto dos. **Artigo: Burocracia profissional e a livre nomeação para cargos de confiança no Brasil e nos EUA.** Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/1590>. Acesso em: 08 de fev de 2020.

SUNDFELD’, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Artigo: As Empresas Estatais, o Concurso Público e os Cargos em Comissão.** Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27030/42539-87164-1-PB.pdf>. Acesso em: 09 de fev de 2020.

LOPEZ, Feliz Garcia; BUGARIN, Maurício; BUGARIN, Karina. **Artigo: Rotatividade nos cargos de confiança da administração federal brasileira (1999-2013).** Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/handle/1/1856 >. Acesso em: 10 de fev de 2020.

TEOTÔNIO, José Ronaldo Lima. **Artigo: Da necessidade de controle jurisdicional do ato de criação e nomeação dos ocupantes de cargos em comissão: um estudo sobre o atual sistema administrativo constitucional brasileiro.** Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/11504>. Acesso em: 11 de fev de 2020.

MARTINS, Maria Aparecida da Silva. **Artigo: Cargos em Comissão na Administração Pública: Limites à sua Criação e Utilização Indevida.** Disponível em: <https://www.tce.ce.gov.br/component/jdownloads/send/233-revista-controle-volume-xiii-n-1-junho-2015/2900-artigo-17-cargos-em-comissao-na-administracao-publica-limites-a-sua-criacao-e-utilizacao-indevida>. Acesso em: 12 de fev de 2020.

NUNES, Olívia Guimarães. **Artigo: Cargos Comissionados. Herança do patrimonialismo na Administração Pública brasileira.** Disponível em: <<http://dspace.nead.ufsj.edu.br/trabalhospublicos/bitstream/handle/123456789/180/TCC%20final%20-%20OLIVIA%20GUIMARAES%20NUNES.%20alterado.pdf?sequence=1&isAllowed=y> >. Acesso em: 13 de fev de 2020.