

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP.

**DA VEDAÇÃO A QUE SERVIDORES COMISSIONADOS EXERÇAM
ATOS DE FISCALIZAÇÃO TÍPICOS DE CARGOS EFETIVOS COM
ATRIBUIÇÕES EXCLUSIVAS DE ESTADO. DA VEDAÇÃO NA
CONSTITUIÇÃO E DOS EVENTUAIS EFEITOS NO RESULTADO
FINAL DA FISCALIZAÇÃO.**

GERAIS, Leonardo Marchio Bezerra
Orientador: **Daniel Falcão**

Pós-Graduação *Lato Sensu* em Controle Externo e Governança Pública.

Goiânia
2017

Sumário

RESUMO	3
ABSTRACT.....	4
INTRODUÇÃO	5
1. DOS CARGOS PÚBLICOS	7
1.1. CARGO POLÍTICO.....	9
1.1.1. CARGO POLÍTICO ELETIVO.....	9
1.1.2. CARGO POLÍTICO DE PROVIMENTO VITALÍCIO OU CARGO DE PROVIMENTO VITALÍCIO	10
1.2. CARGO EM COMISSÃO	11
1.2.1. DA RESTRIÇÃO DAS ATIVIDADES DESEMPENHADAS	12
1.2.2. EXISTÊNCIA DE VÍNCULO SUBJETIVO DE CONFIANÇA	13
1.2.3. INSTABILIDADE DO VÍNCULO.....	15
1.2.4. EXCEÇÃO À REGRA DA INVESTIDURA MEDIANTE PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO	16
1.3. DOS CARGOS DE PROVIMENTO EFETIVO.....	17
1.3.1. DA ESTABILIDADE	19
2. NOÇÕES INICIAIS ACERCA DE ATIVIDADES EXCLUSIVAS DE ESTADO QUE QUALIFICAM O SERVIDOR EFETIVO ESTÁVEL.....	20
2.1 DA ESTABILIDADE QUALIFICADA	23
2.2 EXEMPLOS DE CARGOS QUE EXERCEM ATIVIDADES TÍPICAS DE ESTADO.....	25
2.3 DO DESVIO DE FUNÇÃO DOS COMISSIONADOS QUE EXERCEM ATRIBUIÇÕES TÍPICAS DE ESTADO.....	28
3. CONCLUSÃO	31
REFERÊNCIAS	34

RESUMO

GERAIS, LMB. 2017. **Da vedação a que servidores comissionados exerçam atos de fiscalização típicos de cargos efetivos com atribuições exclusivas de Estado.** – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília.

A finalidade deste artigo é esclarecer se há vedação constitucional à prática de vários governos brasileiros de nomear comissionados e colocá-los em desvio de função para exercer atribuições fiscalizatórias exclusivas de Estado, bem como perquirir alguns eventuais efeitos que tal desvio de função pode ter no resultado final da fiscalização típica de Estado. Para isso foi feita análise comparativa das atribuições e características dos cargos comissionados e dos cargos efetivos com atribuições típicas de Estado, utilizando os dispositivos da Constituição que regulam o tema, interpretação doutrinária e jurisprudencial, concluindo que as atribuições e características descritas na Constituição para cada tipo de cargo são incompatíveis entre si, sendo vedada tal prática, apesar da ausência de consequências sancionatórias para a autoridade que mantém a prática de tais desvios.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Comissionados. Desvio de função. Cargos efetivos. Atribuições exclusivas de Estado. Vedação.

ABSTRACT

The purpose of this article is to clarify if there is a constitutional prohibition on the practice of several Brazilian governments to appoint commissioners and place them in deviation of function to exercise exclusive powers of State, as well as to investigate some possible effects that such deviation of function can have in the result End of the typical state control. For this purpose, a comparative analysis was made of the attributions and characteristics of the commissioned positions and of the effective positions with typical attributions of State, using the provisions of the Constitution that regulate the theme, doctrinal and jurisprudential interpretation, concluding that the attributions and characteristics described in the Constitution for each type Are not compatible with each other, and such practice is forbidden, despite the absence of any sanctioning consequences for the authority that maintains the practice of such deviations.

KEY WORDS: Constitution. Commissioned. Function desviation. State careers function. Exclusive. Prohibition.

INTRODUÇÃO

No Brasil, vez por outra é possível notar em alguns órgãos de variados entes políticos, a prática de colocar comissionados puros para exercer funções de fiscalizações e outras atribuições típicas de cargos efetivos que exercem carreiras de Estado. A prática de permitir que comissionados tenham influência no resultado final de uma atribuição exclusiva de Estado, cria uma “ferida” no sistema de serviços públicos desejado pelos dispositivos constitucionais para cargos públicos, e possibilita a mais ampla gama de interferências políticas e econômicas no resultado final, de uma atividade que deveria ser eminentemente técnica. As atividades e características dos cargos com atribuições típicas de Estado e dos cargos em comissão são divergentes, sendo que a tolerância ao fato de que atribuições exclusivas de Estado possam ser exercidas por comissionados parece aumentar a possibilidade de sequestro de poder e locupletamento ilícito.

Neste trabalho serão estudados os dispositivos constitucionais que tratam dos cargos em comissão e dos cargos com atribuições exclusivas de Estado. Enquanto uns tentam combater a prática comentada, outros tentam promovê-la, a exemplo das decisões contidas nos seguintes excertos:

- a) No Rio de Janeiro, onde comissionados exerciam atividades típicas de Procuradores Jurídicos:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CARGOS COMISSIONADOS. FUNÇÃO TÍPICA DE PROCURADOR JURÍDICO. O egrégio Supremo Tribunal Federal assentou que a ocupação precária, por comissão, terceirização, ou contratação temporária para o exercício das mesmas atribuições do cargo para o qual promovera o concurso público, configura desvio de finalidade, caracterizando burla à exigência constitucional do concurso. Não há dúvidas de que a defesa judicial do ente público deva ser exercida por procurador de carreira aprovado em concurso público. O autor comprovou que quatro ocupantes de cargos comissionados desempenham funções afetas aos procuradores do Município representando o ente público em juízo. No entanto, não há comprovação, ao menos em cognição sumária, de que os ocupantes dos cargos comissionados em questão, também não exerçam as atribuições de assessoramento previstas no Decreto Municipal nº 12.808, não consistentes em funções típicas dos Procuradores do Município. É preciso estabelecer, em cognição exauriente, que tais cargos não se destinam às atribuições de direção chefia e assessoramento, previstas no artigo 37, X, CR. Assim, é razoável que a tutela antecipada, nas alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ da decisão de fls. 64, se restrinja à proibição de que os servidores

comissionados exerçam atividades inequivocamente privativas do procurador de carreira, mantidas as alíneas ‘d’ e ‘e’ da decisão que antecipou os efeitos da tutela pretendida. Provimento parcial do recurso.¹

- b) Na Bahia, onde contratados temporários exerciam função de Advogados Públicos Municipais:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. EXISTÊNCIA DE CANDIDATOS APROVADOS. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. RELATÓRIO.²

- c) Em Goiás a Lei 15.122/2005, art. 30 e seu Parágrafo Único c/c Anexo VII³, colocava comissionados para exercer atividades do tipo inspetor de obras públicas, inspetor de empresas econômicas:

Art. 30. Fica instituído o Quadro Suplementar dos Cargos em Extinção, constante do Anexo VII desta Lei, contendo cargos relacionados no Ato do Tribunal, publicado no Diário Oficial do Estado nº 17.359, de 22 de janeiro de 1996, por força do art. 88 da Lei nº 12.785, de 21 de dezembro de 1995, proibindo-se o acréscimo quantitativo e a inclusão de outros servidores. Parágrafo único. A exoneração do servidor ocupante de cargo previsto no Quadro Suplementar, mencionado no *caput* do artigo, dependerá de prévia autorização do Tribunal Pleno, e, quando ocorrer o respectivo cargo estará automaticamente extinto.

Diante a usualidade da prática, é inevitável que questionamentos surjam acerca da permissibilidade do ordenamento jurídico quanto ao exercício de atribuições exclusivas de Estado por comissionados. O vínculo subjetivo de confiança levado à fiscalização (atribuição) exclusiva do Estado, através do comissionado, exerce alguma influência no resultado final desta atividade?

A Constituição Federal não tem letras mortas e, talvez o sistema constitucional desenhado para o exercício de fiscalizações/controlê exclusivos de Estado seja incompatível com o seu exercício por servidores comissionados e, em se confirmando esta hipótese, a

¹ BRASIL. TJ/RJ, 1ª Câmara Civil, Agravo de Instrumento nº 0012771-54.2013.8.19.0000, rel. Desor. Maria Augusta Vaz M. de Figueiredo, publicado em 14/01/2014. Disponível em < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004348B6198FEC5F6C29B4A74F7A04D7263C502353F442A> >

² BRASIL. STF, RE 709651, decisão monocrática, rel. min. Cármen Lúcia, julgado em 08/05/2013, DJ de 17/05/2013.

³ O Anexo VII da citada Lei Goiana fala de cargos comissionados do tipo: inspetor de empresas econômicas, inspetor de obras públicas, oficial especializado de representação, assessor de assuntos contábeis, financeiros, jurídicos e orçamentários, condutor especializado, assessor técnico de engenharia (...).

incompatibilidade poderia ser proposital, tendo em vista a envergadura dos fatos e atos contemplados pelas atribuições exclusivas de Estado.

O presente artigo, a nível de pós-graduação, pretende analisar as diretrizes constitucionais dos cargos em comissão e dos cargos que exercem atribuições típicas de Estado, identificando-as no sistema de cargos adotado pela Carta Magna, visando diferenciar os dois tipos de cargos e investigar a (in)compatibilidade existente entre os dois e criticar, por fim, a usurpação de atribuições exclusivas de Estado por comissionados.

Num país com cultura de corrupção, como é o Brasil, o estudo do tema é importante tendo em vista o potencial de dano vislumbrado na prática de colocar comissionados para exercer atos típicos de fiscalização do Estado – ou mesmo influenciar na prática de tais atos. Por exemplo, a ausência de fiscalização na produção de carne ou derivados de carne, ou a fiscalização feita conforme o interesse subjetivo de determinado partido ou grupo neste tipo de alimento (falando apenas dos Fiscais Agropecuários), teria efeitos devastadores para uma economia dependente da Agropecuária, resultando na redução das exportações dos produtos, redução de postos de trabalho, diminuição da arrecadação tributária e todo um efeito cascata. A exposição do problema é importante para que mais cabeças pensem na busca de soluções.

O trabalho utiliza o método dedutivo, partindo de preceitos extraídos de premissas maiores, que são de cunho constitucional, interpretados por doutrinas e jurisprudências pertinentes levadas ao artigo através de resumos e fichamentos. O presente estudo traz a luz ensinamentos de Juarez Freitas, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabricio Motta, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, Regis Fernandes de Oliveira, dentre outros, além de decisões a respeito do tema proferidas pelo guardião constitucional, o Supremo Tribunal Federal.

1. DOS CARGOS PÚBLICOS

Inicialmente é importante definir o que vem a ser agente/servidor Público, a fim de possibilitar a percepção da diferença entre eles e os cargos públicos. A Constituição Federal de 1988 utiliza o termo “servidor público” ora em sentido amplo, para designar todas as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício, ora em sentido menos amplo, que exclui os que prestam serviços às entidades com personalidade jurídica de direito privado. Interessante trazer a definição de agentes/servidores públicos de José dos Santos Carvalho Filho:

Os agentes públicos são todos aqueles que, a qualquer título, executam uma função pública como prepostos do Estado. São integrantes dos órgãos públicos, cuja vontade é imputada à pessoa jurídica. Compõem, portanto, a tríade fundamental que dá o perfil da Administração: órgãos, agentes e funções.⁴

O cerne do tema do presente artigo se encontra dentro do sistema jurídico constitucional para cargos públicos. Trata-se do “conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional da administração que devem ser cometidas a um servidor”⁵, e com o servidor não se confunde (ele é o agente público). É possível haver agentes públicos que não ocupam cargo porém eles tem função pública – por exemplo agentes públicos destinados ao atendimento de necessidades excepcionais ou transitórias, por prazo determinado, por exemplo, mas não é possível haver cargo sem função pública.

Cargo é a mais simples unidade administrativa criada por lei ou por ato de força equivalente, ao qual é atribuído um conjunto de atividades/responsabilidades a serem desempenhadas pelo agente que o ocupar. Servidor Público/Agente Público se refere à pessoa física que exerce um serviço público para o Estado, cargo público se refere ao plexo de atribuições que serão exercidas pelo agente público. Fabricio Motta lembra que:

Celso Antônio Bandeira de Mello define os cargos como ‘[...] as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuída por pessoas jurídicas de Direito Público e criadas por lei, salvo quando concernentes aos serviços auxiliares do Legislativo, caso em que se criam por resolução, da Câmara ou do Senado, conforme se trate de serviços de uma ou de outra destas Casas’.⁶

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, divide os cargos públicos quanto a forma de provimento em 1) vitalício, 2) comissão e 3) efetivo. Já Regis Fernandes de Oliveira divide os cargos públicos quanto a forma de provimento em: 1) cargo político, que é vocacionado a provimento por eleição ou provimento vitalício (político no sentido daquele que detém o exercício do Poder); 2) cargo em comissão, destinado a provimento precário e exonerável a qualquer momento; 3) cargo efetivo, que é aquele que somente pode ser ocupado através de concurso público, não é o servidor que é efetivo, mas o cargo é que se destina a provimento permanente. Na doutrina especializada, a palavra provimento significa “PROVIMENTO. (...) 2. *Direito*

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 18.

⁵ ALEXANDRINO, Vicente *et alii*. *Direito Administrativo Descomplicado*. 24ª ed. São Paulo: Método, 2016.. p. 400.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *et alii*. *Servidores Públicos na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 11/12.

administrativo. a) Nomeação ou promoção de alguém para cargo público; b) autorização ou licença para desempenhar determinada função pública.”⁷

O foco do presente estudo se dá nos cargos efetivos (especialmente os com atribuições exclusivas de Estado) e nos cargos em comissão, tendo em vista que o tema específico reside na incompatibilidade entre as atribuições dos servidores comissionados e as dos efetivos que exercem atribuições legais exclusivas de Estado, devido a diferença no regime jurídico estabelecido pela Constituição para os mesmos.

Neste ponto, é interessante estabelecer uma diferenciação entre os cargos públicos e suas formas de provimento (que são estabelecidas pela Constituição), ressaltando que o foco deste trabalho exclui as carreiras de estado de provimento vitalício (que muitas vezes são autoridades nomeantes e como tais serão observadas neste estudo). Como a divisão de cargos públicos de Regis Fernandes contém a da respeitável jurista, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, esmiucemos aquela.

1.1. CARGO POLÍTICO

Regis Fernandes divide os cargos políticos em ELETIVO e VITALICIO, englobando no significado de “cargo político” aqueles que exercem função política, os membros dos poderes Legislativo, Executivo, Judiciário, Ministério Público e Tribunais de Contas, sendo que, muitas vezes os Agentes Políticos, ocupantes de cargos políticos, são autoridades nomeantes dos cargos em comissão. Nesta denominação genérica estão reunidos os cargos vocacionados ao exercício permanente do Poder, pouco importando sejam eles providos mediante provimento eletivo ou por concurso, cuja divisão é desenvolvida a seguir.

1.1.1. CARGO POLÍTICO ELETIVO

Os cargos políticos eletivos são os destinados aos ocupantes dos Poderes Legislativo e Executivo e os auxiliares diretos deste último.

[...] todos possuem mandato, ou seja, funções específicas de cargo eletivo. Assim, ‘o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado’ (art. 76 da CF). O chefe do Poder Executivo é eleito

⁷ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. V. 3. 2ª ed. São Paulo: 2005. p. 1002.

(art. 77), juntamente com o Vice-Presidente (§1º). ‘O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal’ (art. 44). A Câmara representa o povo (art. 45), e a representação é estabelecida por lei complementar, proporcionalmente à população (parte final do art. 45, combinado com o §1º). O Senado ‘compõe-se de representantes dos estados e do Distrito Federal, eleitos segundo princípio majoritário’ (art. 46).

‘O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado’ (art. 76), que integram o corpo de auxiliares do Presidente da República e, embora não eleitos, seus ocupantes são nomeados livremente pelo Presidente da república, para agirem em seu nome e no do Governo. Daí exercerem funções políticas. Há alguns integrantes do Governo que são equiparados aos ministros, como os Secretários Executivos.

Nos Estados e Municípios existem os cargos correlatos.⁸

1.1.2. CARGO POLÍTICO DE PROVIMENTO VITALÍCIO OU CARGO DE PROVIMENTO VITALÍCIO

Estes exercem carreiras típicas de estado, uma vez que se referem às atribuições relacionadas exclusivamente ao Estado ou Poder Estatal, sem ter nenhum vínculo e correspondência no setor privado. Não é demais salientar que, os cargos vitalícios não serão usados como paradigmas de carreiras típicas de estado que sofrem usurpação de função por servidores comissionados, tendo em vista que, atualmente, tal desvio não costuma mais ocorrer com cargos vitalícios, mas sim com as atribuições exclusivas de Estado referentes aos cargos efetivos.

Os magistrados de qualquer nível, em nosso entender, também exercem função política. Têm eles a grande missão de manter íntegra a Constituição e restaurar a ordem jurídica, quando lesada. Exercem poder, no sentido de invadir o âmbito jurídico de outrem, criando direitos e impondo obrigações.

Não são, os magistrados e os que a ele se equiparam, eleitos, advindo seu poder do concurso de qualificação (inciso I do art. 93 da CF), forma de provimento prevista na Constituição para o desempenho de cargo vitalício.⁹

Provimento vitalício é o que se faz em cargo público, mediante nomeação, assegurando ao funcionário público o direito à permanência no cargo, do qual só pode ser destituído por sentença judicial transitada em julgado.¹⁰

⁸ DE OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Servidores Públicos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 36 e 37.

⁹ *Op. Cit.* p 37.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *et alii*. *Servidores Públicos na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 75.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro define os cargos vitalícios como sendo os cargos que a Constituição Federal definiu como tais:

Somente é possível em relação a **cargos** que a Constituição Federal define como de provimento vitalício, uma vez que a vitaliciedade constitui exceção à regra geral da estabilidade, definida no artigo 41. A lei ordinária não pode ampliar os cargos dessa natureza.

Na Constituição de 1988, são vitalícios os cargos dos membros da Magistratura (art. 95, I), do Tribunal de Contas (art. 73, §3º) e do Ministério Público (art. 128, §5, a).¹¹

1.2. CARGO EM COMISSÃO

A regra na Administração Pública deve ser o servidor efetivo (concurado, diga-se de passagem), porém o cargo em comissão é necessário na Administração Pública, pois possibilita que uma autoridade com grande carga de atribuições, exerça todas a contento, contando com o trabalho dos comissionados que são subordinados a suas diretrizes.

A expressão cargo em comissão tem um elemento oculto que é o sentido de “provimento” que, de fato, significa “cargo de provimento em comissão”. Neste sentido a doutrina explica que:

Provimento em comissão é o que se faz mediante nomeação para cargo público, independentemente de concurso e em caráter transitório. Somente é possível com relação aos cargos que a lei declara de provimento em comissão¹².

Cargos em comissão são os destinados a livre provimento e exoneração. incumbência temporária oferecido pelo comitente. (...) Transitória, portanto, é a permanência do servidor escolhido, não o cargo, que é criado por lei.¹³

COMISSÃO. 1. *Direito administrativo*. a) Diz-se do afastamento de funcionário público do cargo, sem qualquer prejuízo dos vencimentos, para exercer outras atribuições em caráter transitório. É, portanto, o preenchimento provisório de um cargo, do qual o ocupante poderá ser demitido *ad nutum*;¹⁴

O conceito de cargo em comissão sempre carrega o sentido de transitoriedade, decorrência da exoneração *ad nutum* que lhe é peculiar, ademais, eles têm algumas

¹¹ *Op cit.* p. 75.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *et alii*. *Servidores Públicos na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 75.

¹³ DE OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Servidores Públicos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 38.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. V. 1. 2ª ed. São Paulo: 2005. p. 790.

características básicas, inerentes à sua natureza jurídica (determinada pelo art. 37, incisos II¹⁵ e V¹⁶, da CF) que são: a) restrição das atividades desempenhadas; b) existência de vínculo subjetivo de confiança; c) instabilidade do vínculo; e d) constitui exceção à regra do art. 37, II, da CF, (exceção à investidura mediante concurso público).

[...] Cargos em comissão são aqueles definidos pela própria Constituição Federal como de livre nomeação e exoneração pela autoridade. É da própria natureza e da mais íntima essência desses cargos o seu provimento ESSENCIALMENTE TRANSITÓRIO, uma vez que ditado pelo único e exclusivo critério da confiança pessoal da autoridade nomeadora, que pode assim visar qualquer pessoa que detenha as condições para ser servidor público, entre as quais a escolaridade necessária para o provimento, quando a lei que criou o cargo a exigir.

Sendo essencialmente discricionário e não vinculado o provimento dos cargos em comissão, pode a autoridade, observando o acima enunciado, para eles nomear quem bem entender, assim como pode, corolariamente, exonerar o nomeado quando bem entender, sem mesmo declinar suas razões. Nenhum servidor em comissão tem garantido direito de manter-se no cargo. Nele jamais se estabiliza dentro do serviço público.¹⁷

1.2.1. DA RESTRIÇÃO DAS ATIVIDADES DESEMPENHADAS

Mencionando acerca da restrição das atividades desempenhadas, avalizada doutrina leciona que:

[...] tanto as funções de confiança quanto os cargos em comissão destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. É dizer que a lei que cria cargos comissionados ou funções de confiança e lhes confere atribuições distintas das referidas encontra-se em descompasso com a Constituição.¹⁸

¹⁵ 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;

¹⁶ 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; - sem grifo no original.

¹⁷ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao Regime único dos Servidores Públicos Civis*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 88.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *et alii*. *Servidores Públicos na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 16.

Conforme o art. 37, V, da CF, os cargos em comissão apenas podem ser criados para o exercício de atribuições de chefia, direção e assessoramento. Servidores comissionados que exerçam atribuições diversas das supracitadas estarão laborando em desvio de função (não importando se a determinação do desvio provém de lei ou de ato administrativo). Sendo assim, importante conceituar o que vem a ser direção, chefia e assessoramento para a doutrina:

A atribuição ligada à direção já impõe que se afaste qualquer possibilidade dos cargos normais de carreira. É o cargo de topo. É o que emite ordens. É o que decide. É a autoridade, e não apenas seu agente. Tem poder de comando. Diga-se o mesmo da atribuição de chefia. Só que, enquanto o diretor tem sob seu comando toda uma repartição – ou seja, algumas chefias -, o chefe dirige um círculo menor, mais restrito. A saber: a gestão moderna pressupõe que os serviços sejam repartidos entre diversos funcionários. [...]

De seu turno, o assessor é o adjunto, o assistente ou participante das funções de outrem. Este já não tem o comando, está vinculado a um agente de hierarquia superior. A ele não são afetas atribuições de comando, cabendo-lhe apenas e tão somente auxiliar a autoridade à qual se acha vinculado.¹⁹

Fica claro que, os cargos em comissão denotam algum tipo de submissão à vontade política da autoridade nomeante, e os comissionados irão dirigir, chefiar ou assessorar sob a vontade e autoridade desta última. Os cargos de assessoria são a espécie mais comum do gênero “servidores comissionados”.

1.2.2. EXISTÊNCIA DE VÍNCULO SUBJETIVO DE CONFIANÇA

O vínculo subjetivo de confiança é o que faz com que o comissionado esteja suscetível às vontades político-subjetivas da autoridade nomeante, caso o servidor não satisfaça as vontades determinadas pela autoridade no âmbito da direção, chefia ou assessoramento, ele pode ser exonerado sem qualquer justificativa. A fidúcia existente entre autoridade nomeante e servidor nomeado é elemento indispensável no cargo de provimento em comissão. A corroborar o exposto:

É incontroverso que servidores nomeados com base em critérios políticos para cargos de livre exoneração são extremamente vulneráveis a toda sorte de pressões, agindo, para o bem e para o mal, praticamente a mando daqueles que têm poder para nomeá-los ou exonerá-los.²⁰

¹⁹ DE OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Servidores Públicos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 46.

²⁰ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULA, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2016. p. 377.

Citando Márcio Cammarosano, Regis Fernandes de Oliveira explica que o servidor nomeado em comissão deve ter “um comprometimento político, uma fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos, uma lealdade pessoal à autoridade superior”, e continua, “Logo, a lei que cria os cargos em comissão deverá relacioná-los com o pressuposto de que sejam providos em decorrência do vínculo de fidúcia.”²¹. Neste mesmo sentido, o STF já decidiu que somente cargos que precisem do vínculo de confiança, a autorizar a livre nomeação e exoneração é que podem ser instituídos em comissão:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. CARGO EM COMISSÃO. OFICIAL DE JUSTIÇA. LEI 12.499, de 12.12.94, do Estado de Goiás. C.F., art. 37, II. I – Cargos de Oficial de Justiça instituídos em comissão: inconstitucionalidade. Somente os cargos que pressuponham o vínculo de confiança a autorizar a livre nomeação e exoneração é que podem ser instituídos em comissão, o que não ocorre com o cargo de Oficial de Justiça, sujeito a regra constitucional do concurso público. (C.F., art. 37, II). II – Suspensão cautelar da eficácia do art. 2. Da Lei 12,499, de 21.12.94, do Estado de Goiás.²²

Corroborando tal posicionamento, Fabrício Motta leciona que:

Outra característica comum às espécies comentadas é a existência de um vínculo subjetivo de confiança. Na lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha, “[...] o elo de vinculação pessoal identifica o agente que é indicado para o exercício da função e denota a sua ligação com a política ou com as diretrizes administrativas estabelecidas. Cuida-se de situação excepcional, que precisa ser considerada e compatibilizada com a impessoalidade, posta como princípio constitucional intransponível e incontornável. 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”²³

A Jurisprudência do STF também é assente no sentido de que o provimento de cargos em comissão só se justifica quando há a demonstração no caso concreto de que as atribuições de determinado cargo sejam mais bem atendidas por meio do provimento que exige relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado. Consoante este entendimento, segue trecho do voto do min. Joaquim Barbosa na ADI 3602:

²¹ DE OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Servidores Públicos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 41.

²² BRASIL. STF. Plenário, ADI 1269 MC/GO, rel. min. Carlos Velloso, julgado em 26/05/1995, DJ de 27/02/2004.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *et alii*. *Servidores Públicos na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. P. 17.

[...] ressalto que o Supremo Tribunal Federal tem interpretado essa norma constitucional do art. 37, II, como exigência de que a exceção à regra do provimento de cargos por concurso público só se justifica concretamente com a demonstração – e a devida regulamentação por lei – de que as atribuições de determinado cargo sejam mais bem atendidas por meio do provimento em comissão, no qual se exige relação de confiança entre a autoridade competente para efetuar a nomeação e o servidor nomeado. (ADI 1.141, rel. min. Ellen Gracie, Pleno, DJ de 29.08.2003; ADI 2427-MC, rel. min. Nelson Jobim, Pleno, DJ de 08.08.2003; ADI 1.269-MC, rel. min. Carlos Velloso, DJ de 25.08.1995). Esse entendimento já se consolidara sob a vigência da Constituição anterior (Rp 1368, rel. min. Moreira Alves, Pleno, j. 21.05.1987; Rp 1282, rel. min. Octavio Gallotti, Pleno, j. 12.12.1985).²⁴

1.2.3. INSTABILIDADE DO VÍNCULO

Conforme exposto, o vínculo exigido pelo cargo em comissão é precário, temporário e instável portanto. Significa dizer que o nomeado ocupará o cargo enquanto subsistir a confiança da autoridade nomeante, móvel da escolha.

Ivan Barbosa Rigolin, analisando a natureza jurídica dos cargos em comissão, expende magistério que registra bem a instabilidade do vínculo do servidor comissionado:

Cargos em comissão são aqueles definidos pela própria Constituição Federal como de livre nomeação e exoneração pela autoridade. É da própria natureza e da mais íntima essência desses cargos o seu provimento ESSENCIALMENTE TRANSITÓRIO, uma vez que ditado pelo único e exclusivo critério da confiança pessoal da autoridade nomeadora, que pode assim visar qualquer pessoa que detenha as condições para ser servidor público, entre as quais a escolaridade necessária para o provimento, quando a lei que criou o cargo a exigir.

Sendo essencialmente discricionário e não vinculado o provimento dos cargos em comissão, pode a autoridade, observado o acima enunciado, para eles nomear quem bem entender, assim como pode, corolariamente, exonerar o nomeado quando bem entender, sem mesmo declinar suas razões. Nenhum servidor em comissão tem garantido direito de manter-se no cargo. Nele jamais se estabiliza dentro do serviço público.²⁵

²⁴ BRASIL. STF, trecho do voto do relator min. Joaquim Barbosa na ADI 3602, j. em 14/04/2011, DJe 07/06/2011.

²⁵ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Comentários ao Regime único dos Servidores Públicos Cíveis*. 2ª ed., s.l. Saraiva. 1993. p. 47.

1.2.4. EXCEÇÃO À REGRA DA INVESTIDURA MEDIANTE PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO

Esta característica é expressa no art. 37, II, *in fine*, da CF, quando afirma que “a investidura em cargo ou emprego público depende da aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e 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” (sem grifo no original). Esmiuçando esse ponto, os juristas ensinam que é “importante ressaltar que a estabilidade não pode ser adquirida em cargos em comissão. A garantia constitucional destina-se aos cargos providos, em caráter efetivo, mediante concurso público (art. 41 da CF).”²⁶.

Há uma correlação lógica entre as 4 características do sistema constitucional para os cargos em comissão (decorrentes da interpretação do art. 37, incisos II e V, da CF), revelando um sistema e uma intenção da Constituição para os cargos em comissão: a restrição das atividades desempenhadas em direção, chefia e assessoramento, ocorre tendo em vista a delegação de atribuições feita pela autoridade nomeante, por isso a autoridade deve confiar no nomeado, já que este exerce atribuições em nome daquele. Desta confiança vem a instabilidade do vínculo, tendo em vista que o servidor comissionado pode ser exonerado a qualquer momento, a depender unicamente da existência (ou não) de confiança entre o nomeante e o nomeado - a confiança da autoridade pode acabar, ou pode haver mudança da pessoa física que exerce a autoridade de nomear, por ex. Os servidores efetivos, concursados, tem estabilidade, algo inviável diante a instabilidade característica de um cargo que exige o vínculo de confiança para o perfeito exercício das atribuições da autoridade nomeante pelo servidor nomeado. Neste sentido:

É evidente que o vínculo de confiança serve à finalidade pública almejada pelo ordenamento, e não para deleites ou privilégios. Nesse sentido, extrai-se do sistema constitucional que o bom desempenho de certas atividades relevantes à sociedade, ligadas ao estabelecimento de diretrizes, rumos e tomada de decisões fundamentais, deve ser coadjuvado pelo exercício de outras atividades instrumentais, levadas a cabo por pessoas que possuam a sobredita confiança. Dessa característica – a existência da subjetividade do vínculo – decorre sua instabilidade: o exercício das atividades é sempre precário, persistente apenas enquanto durar o vínculo de confiança entre nomeante e

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *et alii*. *Servidores Públicos na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 47.

nomeado. Daí a constatação de que nomeação e exoneração são livres em se tratando de cargos em comissão e funções de confiança.²⁷

O servidor efetivo está sujeito às instituições, às diretrizes constitucionais e legais que regulam as suas atribuições; o servidor comissionado, além do dever de lealdade às instituições, diretrizes constitucionais e legais (comuns a todos os servidores), também tem que ter fidelidade às diretrizes estabelecidas pela autoridade nomeante. Ambos têm seu lugar no sistema de servidores e cargos públicos desenhados pela Constituição Federal, lembrando que os cargos efetivos devem ser a regra, uma vez que são vocacionados à proteção da CF e das Leis, sem intervenções de cunho político-subjetivo.

1.3. DOS CARGOS DE PROVIMENTO EFETIVO

As carreiras típicas de Estado tratadas no presente artigo, são uma espécie de cargo efetivo. Por efetivo entenda-se o servidor concursado investido no cargo nos termos do art. 37, incisos I e II, da Constituição Federal; eles são destinados a preenchimento definitivo, sem o caráter precário ou transitório presente no cargo em comissão. O vínculo entre servidor e Administração Pública no provimento efetivo é estável assim que cumprido o estágio probatório pelo servidor. A Carta Magna exige a aprovação prévia em concurso público para que uma pessoa ocupe um cargo efetivo, porque é a maneira mais justa pensada de promover os Princípios da Impessoalidade - tanto para seleção do candidato, quanto para o Estado representado pelo futuro Agente Público que poderá exercer suas atribuições sem o sentimento de gratidão a uma autoridade nomeante -, da Eficiência, da Moralidade. Neste sentido, Pedro Lenza lembra que:

De maneira bastante completa, Hely Lopes Meirelles define o concurso público como ‘... o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, consoante apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando cargos e empregos públicos.’

Por sua vez, Marçal Justen Filho, em importante observação, diz que ‘o concurso público objetiva assegurar que a seleção dos titulares de cargo de provimento efetivo oriente-se pelo princípio da impessoalidade. A escolha

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *et alii*. *Servidores Públicos na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 18.

refletirá as virtudes e capacidades individuais reveladas na avaliação objetiva, segundo critérios predeterminados de virtuosidade física e (ou) capacidade intelectual’.²⁸

Conforme o já citado art. 37, II, da CF “a investidura “em cargo (...) depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (...)” Os juristas lecionam que:

A permanência é que identifica a forma de ocupação. ‘É o cargo ocupado por alguém sem transitoriedade ou adequado a uma ocupação permanente’, no preciso dizer de Diógenes Gasparini. *Eles devem ser exercidos obrigatoriamente, por funcionários concursados e de forma permanente, ressalvada a titularidade provisória do funcionário ainda em período probatório.*²⁹

Diferente dos comissionados que devem obediência também à vontade política da autoridade nomeante (decorrência do vínculo subjetivo que os une), os ocupantes de cargos de provimento efetivo devem obediência à Constituição, Leis e demais atos do ordenamento jurídico (desde que estes estejam em conformidade com a vontade constitucional). Se eventual ordem de autoridade for duvidosa, dúbia ou mesmo inconstitucional, o efetivo não precisa cumpri-la, sem receio de ser exonerado pela autoridade, tendo em vista sua estabilidade. Esta estabilidade é um dos pilares do sistema democrático que permitem que se exija o cumprimento da Constituição e das Leis pelas autoridades com alguma margem de escolha política:

Para a investidura em cargo ou emprego público é necessária uma seleção de candidatos capaz de afastar o arbítrio imoral da escolha determinada por interesses pessoais ou políticos. O Respeito aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da legalidade, dentre outros, garante aos aspirantes a oportunidade de ocupar esses lugares em razão de seus próprios méritos, o que é feito através de concursos públicos de provas ou de provas e títulos. Ao mesmo tempo em que a Administração garante a aquisição dos melhores funcionários, o concurso possibilita a qualquer candidato que preencha os requisitos objetivos para o lugar pretendido a certeza de que sua aprovação depende unicamente dele próprio, sem a influência nefasta de ideologias e interesses.³⁰

É importante enfatizar que, apesar das carreiras típicas de estado compostas de cargos de provimento efetivo serem diferentes dos cargos de provimento vitalício, elas tem em comum o exercício de atribuições típicas de Estado e o provimento do cargo após aprovação em

²⁸ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20ª ed., São Paulo: Saraiva. 2016. p. 1549.

²⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Comentários ao Regime único dos Servidores Públicos Civis*. 2ª ed., s.l. Saraiva, 1993. p. 48.

³⁰ *Idem*. p. 48.

concurso qualificatório, tendo em vista que fiscalizam, regulamentam e fomentam atividades em cumprimento da Lei e da Constituição. Conforme já exposto:

Provimento efetivo é o que se faz em cargo público, mediante nomeação por concurso público, assegurando ao servidor, após três anos de exercício, o direito de permanência no cargo, do qual só pode ser destituído por sentença judicial, por processo administrativo em que seja assegurada ampla defesa ou por procedimento de avaliação periódica de desempenho, também assegurado o direito à ampla defesa (conforme art. 41, § 1º, da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional n 19).³¹

1.3.1. DA ESTABILIDADE

O instituto da estabilidade foi criado com o intuito de permitir que os servidores públicos resistam a pressões de natureza política ou de grupos econômicos, visando a obtenção de privilégios espúrios. Ela visa assegurar aos ocupantes de cargos públicos de provimento efetivo uma expectativa de permanência no serviço público desde que cumpridos certos requisitos. Neste diapasão, impende destacar o entendimento de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

A preocupação que justificou a criação do instituto, e a sua elevação a patamar constitucional, é possibilitar que os servidores públicos resistam a ingerências de natureza política, ou pressões de grupos econômicos, visando à obtenção de privilégios e favorecimentos de toda ordem, em síntese, evitar que os servidores públicos, no exercício de suas atribuições, sejam coagidos, de qualquer forma, a atuar em desacordo com o princípio da impessoalidade, em evidente detrimento do interesse público.³²

A Constituição Federal de 1988 tratou da estabilidade em seu artigo 41, *in verbis*:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.
 § 1º O servidor público estável só perderá o cargo:
 I – em virtude de sentença judicial transitada em julgado;
 II – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;
 III – mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma da lei complementar, assegurada ampla defesa.
 § 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *et alii*. *Servidores Públicos na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 75.

³² ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2016. p. 377.

de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

§3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

Nota-se que o art. 41 da CF com a redação dada pela EC 19/98, passou a exigir quatro requisitos concomitantes para aquisição de estabilidade, que são:

- a) Concurso público: que o candidato seja aprovado e nomeado;
- b) Cargo público de provimento efetivo: o concurso deve visar o preenchimento de cargo efetivo e não um emprego público, *v.g.*;
- c) Três anos de efetivo exercício das atribuições legais (art. 41, § 4º, da CF);
- d) Aprovação em avaliação de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

O servidor estável tem relativa proteção contra indébitas interferências por parte de interesses políticos ou econômicos, por outro lado, o servidor que adquirir a estabilidade poderá perder o cargo involuntariamente em quatro hipóteses:

- a) Sentença judicial transitada em julgado;
- b) Insuficiência de desempenho, verificada mediante avaliação periódica, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa;
- c) Processo administrativo, assegurada a ampla defesa;
- d) Excesso de despesa com pessoal, nos termos do art. 169.

2. NOÇÕES INICIAIS ACERCA DE ATIVIDADES EXCLUSIVAS DE ESTADO QUE QUALIFICAM O SERVIDOR EFETIVO ESTÁVEL

Neste ponto é importante “tentar” conceituar o que vem a ser “Atividade Típica de Estado”, nos moldes determinados pelo art. 247 da CF, que prega:

Art. 247. As leis previstas no inciso III do § 1º do art. 41 e no § 7º do art. 169 estabelecerão critérios e garantias especiais para a perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado.

Parágrafo único. Na hipótese de insuficiência de desempenho, a perda do cargo somente ocorrerá mediante processo administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa.

“Tentar” porque a definição do que vem a ser atividade exclusiva de Estado é problema de árdua solução, tendo em vista que a Constituição Federal não arrola, de modo expresso, quais sejam essas atividades exclusivas de Estado, delegando a tarefa à lei. Comentando acerca do art. 247 da Constituição Federal, respeitável doutrina leciona:

(...) ao menos até a edição de ato legislativo no plano infraconstitucional, mostra-se recomendável que se interprete o conceito de atividades exclusivas de Estado a partir dos parâmetros hermenêuticos extraídos diretamente da própria Constituição. Dentre tais parâmetros de interpretação há de ser destacado o fato de que a Constituição exige a adoção de um critério eminentemente material, no sentido de que se levem em consideração as atribuições do cargo ocupado pelo servidor estável. Nesse sentido, o texto constitucional se refere à perda do cargo pelo servidor público estável que, em decorrência das atribuições de seu cargo efetivo, desenvolva atividades exclusivas de Estado. Assim, ao se interpretar o que seja atividade exclusiva de Estado, imperioso que sejam levadas em consideração as atribuições do cargo ocupado pelo servidor estável e, quando da edição de lei que regulamente tal conceito com mais precisão, esta deverá ser igualmente pautada por tal critério material, sob pena de ferimento ao disposto no art. 247.³³

A Constituição fornece uma diretriz sólida para a sua conceituação: a caracterização da exclusividade estatal não decorrerá de um critério orgânico, segundo o qual o servidor que exerce suas funções em órgão ou entidade estatal seria enquadrado no art. 247 da Constituição pelo simples fato de pertencer a esse órgão tido como executor de ‘atividade exclusiva de Estado’, mas sim de um critério que se pode denominar de funcional: as atribuições do cargo ocupado é que serão levadas em consideração para a definição das atividades exclusivas de Estado, tendo como cerne, em decorrência disso, o servidor que ocupa esse posto e não o órgão em que há desempenho do seu trabalho.³⁴

Apesar das atribuições do cargo ocupado serem o foco para se definir o que são atividades exclusivas de Estado, o conceito de atividade exclusiva do Estado não se confunde com a ideia de serviços públicos exclusivos de Estado, este são:

(...) aqueles que o Estado assume como seus, por razões de interesse público variáveis no tempo e no espaço. O que é serviço público num país pode não ser em outro; e dentro do mesmo ordenamento jurídico, um serviço público

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et alii*. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 2186.

³⁴ RIBEIRO, Juscimar Pinto. *Alguns apontamentos na discussão sobre regime jurídico das carreiras de Estado: pontos de aproximação e distanciamento entre prerrogativas e responsabilização dos membros do Judiciário, do Ministério Público e da Advocacia Pública federal, estadual e municipal*. Trabalho apresentado em 2015, no XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo em Goiânia/Go. Belo Horizonte: Forum, ano 16, nº 190, dez. 2016.

pode, em determinado momento, perder essa natureza, transformando-se em atividade privada.³⁵

Nota-se que o art. 247, *caput*, da CF, determina que o servidor que exerça atribuições típicas de Estado seja efetivo, ou seja, o agente deve ser submetido previamente a concurso público qualificatório, logrando aprovação, nomeação e posse, nos termos do art. 37, II, da CF. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “quando se fala em atividades exclusivas de Estado, abrangem-se aquelas que, por sua própria natureza, são próprias e privativas do Estado”, e continua:

Caio Tácito, em seu livro *Direito Administrativo* (São Paulo: Saraiva, 1975, p. 199), faz referência a uma classificação dos serviços públicos que os divide em duas categorias: originários ou congênitos e derivados ou adquiridos. Essa classificação corresponde à distinção entre atividade essencial do Estado (tutela do direito) e atividade facultativa (social, comercial e industrial do Estado).

Ensina o autor que

‘a evolução moderna do Estado exaltou de tal forma a sua participação na ordem social, que a essencialidade passou a abranger tanto os encargos tradicionais de garantias de ordem jurídica como as prestações administrativas que são emanadas dos modernos direitos econômicos e sociais do homem, tão relevantes, na era da socialização do direito, como os direitos individuais o foram na instituição da ordem liberal.’

Mas acrescenta que

‘há, todavia, uma sensível diferença entre os serviços públicos que, por sua natureza, são próprios e privativos do Estado e aqueles que, passíveis em tese de execução particular, são absorvidos pelo Estado, em regime de monopólio ou de concorrência com a iniciativa privada. Aos primeiros poderíamos chamar de serviços estatais originários ou congênitos; aos últimos, de serviços estatais derivados ou adquiridos.’³⁶

Como exercem atribuições relativas a fiscalização, fomento, regulação e controle, os cargos que exercem atribuições típicas de Estado são de provimento em caráter definitivo, *v.g.*, quando se exerce tais atividades, sempre se agrada uns e desagradará a outros, abrindo margem para perseguições políticas em decorrência dos interesses contrariados; o receio de ser exonerado, colocando em risco o sustento do servidor e sua família, por contrariar interesses políticos ou de superiores subordinantes, com certeza comprometeria o resultado final da

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *et alii*. *Servidores Públicos na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 161.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *et alii*. *Servidores Públicos na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 161/162.

fiscalização, fomento ou da regulamentação. Por este motivo a doutrina prega que eles devem ter independência técnico-funcional:

No desempenho de suas funções, os agentes de controle devem ter independência funcional para proceder às verificações, analisar documentos, colher provas e fazer amostragens, bem como emitir o resultado de suas análises. Significa o princípio que o controle não deve depender, funcionalmente, de outras pessoas ou órgãos para aferição do juízo técnico de valor nos trabalhos que realiza; não está, pois, subordinado tecnicamente.³⁷

Citando Alexander Hamilton, Juarez Freitas lembra que:

Alexander Hamilton, faz tempo, observou: só o que detém controle sobre o próprio sustento mantém altivo domínio sobre a vontade. Pessoas cuja sobrevivência depende da maré oscilante e fortuita da sorte ou da ascendência calculista de terceiros transformam-se, às vezes, em servos indefesos, no mercado opressivo dos interesses econômicos e políticos.³⁸

Visando garantir e melhorar a independência técnico-funcional dos cargos efetivos estáveis que exercem atribuições exclusivas de Estado, o Constituinte Derivado promulgou a Emenda Constitucional nº 19/1998, que conferiu uma estabilidade diferenciada a estes efetivos com atribuições diferenciadas.

2.1 DA ESTABILIDADE QUALIFICADA

Ultrapassado com êxito o período do estágio probatório³⁹, o art. 247, c/c artigos 41, §1º, III, e art. 169, §7º⁴⁰, todos da CF, estabelece que critérios e garantias especiais - fixadas através

³⁷ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil, Jurisdição e Competência*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 39.

³⁸ FREITAS, Juarez. Carreiras de Estado: o núcleo estratégico contra as falhas de mercado e de governo. *In Servidor Público. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 185.

³⁹ Estágio Probatório é o período de prova a que se submete o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo (permanente), sendo apuradas a aptidão e a capacidade para o desempenho do cargo. Sendo de 03 anos este período de avaliação.

⁴⁰ Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no *caput*, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:

I – redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;

II – exoneração dos servidores não estáveis.

§ 4º Se as referidas medidas adotadas com base no parágrafo anterior não fores suficientes para assegurar o cumprimento da determinação lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo,

de lei complementar, para a perda do cargo mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho ou em caso de redução de despesas com pessoal - sejam fixadas para os agentes efetivos estáveis com atribuições exclusivas de estado, deixando claro o tratamento diferenciado desejado pela Constituição àqueles que exercem os cargos mencionados no art. 247, em contraste com os demais cargos efetivos com estabilidade normal (por ex., motoristas, auxiliares de enfermagem, escreventes...). O dispositivo constitucional tem o propósito expresso de conferir uma proteção diferenciada àqueles servidores que exercem, em decorrência das atribuições legais, atividades exclusivas de Estado. Neste contexto:

A estabilidade na carreira típica de Estado (ao lado da vitaliciedade que algumas detêm por força da Constituição), para além das mudanças pontuais no tocante às regras, deve ser vista como qualificada, desempenhando significativas funções. De fato, tal proteção de alçada constitucional colima garantir a manutenção das políticas públicas, uma vez que são tais servidores que asseguram a permanência das metas do Estado, a longo prazo. A estabilidade qualificada oferece, ainda, ao servidor, que responde por atividade essencial, uma salvaguarda contra a prepotência dos mandantes de turno, não raro travestida de ‘discricionariedade’. Outra função reside na contrapartida que o regime institucional qualificado oferece à vista da periclitante lâmina posta à disposição do Poder Público sob a forma do poderio unilateral das regras do regime.⁴¹

Como forma de prevenir fraudes e corrupção praticadas por servidores com vínculo precário, a doutrina tem recomendado há décadas que os Agentes Públicos ligados ao controle e à fiscalização estejam protegidos por uma relação pública especial, estável e bem remunerada, uma estabilidade diferenciada:

Foram precedentes do gênero que estimularam a doutrina, em décadas mais recentes, a recomendar, como forma de prevenir fraudes e corrupção na área de contas públicas, que o pessoal ligado ao controle e à fiscalização esteja protegido por uma relação especial, estável e bem remunerada. Adolf Wagner, um dos clássicos da Ciência das Finanças, sublinhava, a propósito, que bons resultados nesse campo só seriam obtidos ‘organizando logicamente o serviço e concedendo uma situação conveniente aos servidores’, os quais deveriam ser ‘bem pagos e bem treinados’.⁴²

desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão u unidade administrativa objeto da redução de pessoal.

§ 7º Lei Federal disporá sobre as normas gerais a serem obedecidas na efetivação do disposto no § 4º.

⁴¹ FREITAS, Juarez. Carreiras de Estado: o núcleo estratégico contra as falhas de mercado e de governo. *In Servidor Público. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 185.

⁴² FREITAS, Juarez. Carreiras de Estado: o núcleo estratégico contra as falhas de mercado e de governo. *In Servidor Público. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 189.

Tendo essa noção acerca das atribuições exclusivas de Estado, cujo exercício fará com que o agente seja enquadrado como ocupante de cargo efetivo de carreira típica de estado, é elucidativo fazer um apanhado de entendimentos de juristas e operadores da matéria aqui tratada, tentando se chegar ao foco comum do que vem a ser este tipo de cargo efetivo com atribuições específicas de Estado.

2.2 EXEMPLOS DE CARGOS QUE EXERCEM ATIVIDADES TÍPICAS DE ESTADO

Doutrina e jurisprudência consideram como atividades exclusivas de Estado, a dar ensejo ao enquadramento nas “carreiras típicas de Estado”: a Advocacia Pública (que auxilia o Poder Executivo, fiscalizando e auxiliando-o na interpretação e exato cumprimento da Lei e da Constituição), servidores que exercem atividades-fim nos Tribunais de Contas (atividade de controle e fiscalização), Conselhos de Fiscalizações Profissionais de Atividades Regulamentadas, Agentes do Fisco...

O professor Juscimar Pinto Ribeiro, advogado e palestrante na XXIX edição do Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, ministrando o 9º Painel com o tema: Regime Jurídico das carreiras de Estado: pontos de aproximação e distanciamento entre prerrogativas e responsabilização dos membros do Judiciário, do Ministério Público e da advocacia pública federal, estadual e municipal, verbera que “O entendimento majoritário do que sejam as ‘carreiras típicas de Estado’ é que se trata daquelas que exercem principalmente atividades que necessitam de grande padrão de independência funcional para o correto e efetivo desempenho de suas atribuições.”

Além das carreiras de membros do Poder Judiciário e do Ministério Público (de provimento vitalício), o palestrante ensina que, para uma corrente restritiva, são atividades exclusivas de Estado aquelas atribuições que envolvem regulamentação, fiscalização e fomento, para uma segunda corrente há uma identidade entre atividade exclusiva de Estado e carreira típica de Estado, incluindo então os diplomatas, fiscais, policiais, advogados públicos:

O alcance da expressão ‘atividade exclusiva de Estado’ é ainda controvertido na doutrina que se debruça sobre o tema. Parte dela entende, de forma restritiva, que, afora os membros de Poder, as atividades exclusivas de Estado seriam apenas relativas à regulamentação, à fiscalização e ao fomento. Outros

setores especializados, identificando atividade exclusiva de Estado com carreira típica de Estado, entende que tais atividades são apenas as exercidas por diplomatas, fiscais, administradores civis, procuradores e policiais. A despeito do dissenso travado acerca do referido conceito, bem como da confusão que muitas vezes se faz entre atividade típica e carreira típica de Estado, temos que, de fato, a Carta Constitucional conferiu à lei o mister de determinar quais as carreiras e atividades que devem ostentar tal título.

No tocante às carreiras aqui tratadas existe um consenso de que são sim carreiras típicas de estado.⁴³

O Supremo Tribunal Federal decidiu que Conselhos de Fiscalizações Profissionais exercem atividades típicas de Estado:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do ‘caput’ e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime.⁴⁴

Conforme definição encontrada no Fórum Nacional Permanente de Carreiras Típicas de Estado (FONACATE), que identifica Atividades Típicas de Estado com Carreiras Típicas de Estado, conforme verberado pelo palestrante supra, elas são:

As Carreiras Típicas de Estado são aquelas que exercem atribuições relacionadas à expressão do Poder Estatal, não possuindo, portanto, correspondência no setor privado. Integram o núcleo estratégico do Estado, requerendo, por isso, maior capacitação e responsabilidade. Estão previstas no artigo 247 da Constituição Federal e no artigo 4º, inciso III, da Lei nº 11079, de 2004.

As carreiras consideradas típicas de Estado são as relacionadas às atividades de Fiscalização Agropecuária, Tributária e de Relação de Trabalho, Arrecadação, Finanças e Controle, Gestão Pública, Comércio Exterior, Segurança Pública, Diplomacia, Advocacia Pública, Defensoria Pública,

⁴³ RIBEIRO, Juscimar Pinto. *Alguns apontamentos na discussão sobre regime jurídico das carreiras de Estado: pontos de aproximação e distanciamento entre prerrogativas e responsabilização dos membros do Judiciário, do Ministério Público e da Advocacia Pública federal, estadual e municipal*. Trabalho apresentado em 2015, no XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo em Goiânia/Go. Belo Horizonte: Forum, ano 16, nº 190, dez. 2016.

⁴⁴ BRASIL. STF. Plenário, ADI 1717/DF, rel. min. Sydney Sanches, julgado em 07/11/2002, DJe 28/03/2003.

Regulação, Política Monetária, Inteligência de Estado, Planejamento e Orçamento Federal, Magistratura e o Ministério Público.⁴⁵

Apesar das divergências, há consenso no sentido de que são atividades exclusivas de Estado as atribuições relativas a regulamentação, fiscalização e fomento, dentre outras. O entendimento do legislador caminha nesse sentido, já havendo vedação à delegação de funções de regulação, exercício de poder de polícia, atividade jurisdicional “e outras atividades exclusivas de Estado”, via Parceria Público Privada, na esteira do que decidiu o STF na ADI 1717, conforme a letra do art. 4º, inciso III, da Lei 11.079/2004, *in verbis*:

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

(...)

III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas de Estado;

Na esteira desta interpretação, temos que servidores efetivos dos Tribunais de Contas - que exercem controle externo/fiscalização (atividade fim) nos Tribunais de Contas, Agentes efetivos de Fiscalização Agropecuária, Tributária, Advocacia Pública, Segurança Pública... exercem atribuições típicas de Estado uma vez que fiscalizam se particulares e o próprio Estado estão obedecendo os parâmetros estabelecidos pela Constituição e pelas Leis, exercendo as fiscalizações, controle, poder de polícia, poder regulamentar. Corroborando o exposto:

Os servidores do Tribunal de Contas exercem atividade típica do Estado – fiscalização -, o que implica na necessidade de regime estatutário que lhes garanta estabilidade contra despedidas arbitrárias e outras indébitas interferências na ação de controlar.⁴⁶

O Supremo Tribunal Federal mantém o posicionamento definido na ADI 1717/2002 até os dias atuais, reafirmando que são atividades típicas de Estado as atribuições fiscalizatórias, inclusive as exercidas por Conselhos de Fiscalizações Profissionais:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. NATUREZA JURÍDICA. AUTARQUIA FEDERAL. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. OBSERVÂNCIA DO ART. 37, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FISCALIZAÇÃO. ATIVIDADE TÍPICA DO

⁴⁵ Disponível em: <<http://www.fonacate.org.br/v2/?go=page&id=1>>. Acesso em 23/03/2017. Disponível em: <<http://www.fonacate.org.br/v2/?go=page&id=1>>

⁴⁶ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil, Jurisdição e Competência*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 295. Refere-se aos Auditores de Controle Externo e Analistas de Controle Externo.

ESTADO. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA. ANÁLISE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA RESTAURAR O DEVIDO PROCESSAMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA E POSSIBILITAR UM MELHOR EXAME DA MATÉRIA. 1. Os conselhos de fiscalização profissional têm natureza jurídica de autarquias, consoante decidido no MS 22.643, ocasião na qual restou consignado que: (I) estas entidades são criadas por lei, tendo personalidade jurídica de direito público com autonomia administrativa e financeira; (II) exercem a atividade de fiscalização de exercício profissional que, como decorre do disposto nos artigos 5º, XIII, 21, XXIV, é atividade tipicamente pública; (III) têm o dever de prestar contas ao Tribunal de Contas da União (art. 71, II, CRFB/88). 2. Os conselhos de fiscalização profissional, posto autarquias criadas por lei e ostentando personalidade jurídica de direito público, exercendo atividade tipicamente pública, qual seja, a fiscalização do exercício profissional, submetem-se às regras encartadas no artigo 37, II, da CRFB/88, quando da contratação de servidores. Precedente: RE 539.224, 1ª Turma Rel. Min. Luiz Fux, DJe.- 18/06/2012. 3. A fiscalização das profissões, por se tratar de uma atividade típica de Estado, que abrange o poder de polícia, de tributar e de punir, não pode ser delegada (ADI 1.717), excetuando-se a Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 3.206). 4. In casu, está em discussão tese relacionada à contratação dos impetrantes, ocorrida há mais de 10 (dez) anos, e a alegação de desrespeito ao processo de seleção e às regras constitucionais aplicáveis (art. 37, II, CRFB/88), fatos que tornam imperativa a análise mais apurada do mandado de segurança, sobretudo em decorrência do princípio da proteção da confiança legítima. 5. Agravo regimental provido apenas para possibilitar um melhor exame do mandado de segurança e facultar às partes a oportunidade de sustentação oral.⁴⁷ No mesmo sentido: Ag. Reg. No RExt 704386.

O julgado supra confirma dados já trazidos ao presente trabalho, lembrando que as atividades típicas de Estado, abrangem “o poder de polícia, de tributar e de punir”, sendo indelegável, e aquele que exerce atividade típica de estado está sujeito ao concurso qualificatório, nos termos do art. 37, II, da CF.

2.3 DO DESVIO DE FUNÇÃO DOS COMISSIONADOS QUE EXERCEM ATRIBUIÇÕES TÍPICAS DE ESTADO

Em verdade, servidores comissionados não podem exercer atribuições técnicas de quaisquer cargos efetivos. As atribuições possíveis a um comissionado são estabelecidas pela Constituição Federal e, com essas razões, a ilustre ministra Cármen Lúcia lecionou em seu voto:

⁴⁷ BRASIL. STF. Primeira Turma, MS 28469 AgR - segundo., rel. p Acórdão. Min. Luiz Fux, julgado em 09/06/2015, DJe 03/08/2015.

[...] o órgão Especial do Tribunal a quo julgou em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido da inconstitucionalidade da criação de cargos em comissão que não tenham atribuições de direção, chefia ou assessoramento, com a necessária relação de confiança entre o nomeado e o superior hierárquico (art. 37, V, da Constituição da República).⁴⁸

A doutrina e a jurisprudência são pacíficas e harmônicas no sentido de que cargos em comissão com atribuições meramente técnicas (como são os cargos técnicos ligados à atividade-fim de uma Corte de Contas, Agente do fisco, Procuradores Municipais, Procuradores do Estado são inconstitucionais e vedados:

A restrição à natureza das atividades correlatas aos cargos já foi apreciada pelo STF:

‘[...] Os cargos em comissão criados pela Lei nº 1.939/1998, do Estado de Mato Grosso do Sul, possuem atribuições meramente técnicas e que, portanto, não possuem o caráter de assessoramento, chefia ou direção exigido para tais cargos, nos termos do art. 37, V, da Constituição Federal’⁴⁹

Outra característica comum às espécies comentadas é a existência de um vínculo subjetivo de confiança. Na lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha,

‘[...] o elo de vinculação pessoal identifica o agente que é indicado para o exercício da função e denota a sua ligação com a política ou com as diretrizes administrativas estabelecidas. Cuida-se de situação excepcional, que precisa ser considerada e compatibilizada com a impessoalidade, posta como princípio constitucional intransponível e incontornável. 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.’⁵⁰

Adentrando na esfera específica do exercício de atribuições exclusivas de Estado por comissionados, o STF decidiu que cargos em comissão não podem ter atribuições de Perito Médico, Auditor de Controle Interno, Perito Psicológico (que fazem fiscalizações, perícias e auditorias pro Estado), dentre outros, *in verbis*:

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

É inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter

⁴⁸ Trecho do voto da Segunda Turma, Min. Rel. Cármen Lúcia no REExt 801970, julgado em 03/06/2014, DJE 13/06/2014.

⁴⁹ BRASIL. STF. Tribunal Pleno, ADI 3706/MS, Relator Min. Gilmar Mendes, j. 15/08/2007, DJ 5-10-2007.

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella *et alii*. *Servidores Públicos na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 17.

de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico, tais como os cargos de Perito Médico-Psiquiátrico, Perito Médico-Clínico, Auditor de Controle Interno, Produtor Jornalístico, Repórter Fotográfico, Perito Psicológico, Enfermeiro e Motorista de Representação.

Ofensa ao artigo 37, II e V da Constituição Federal.

Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos XI, XII, XIII, XVIII, XIX, XX, XXIV, e XXV do art. 16-A da lei 15.224/2005 do Estado de Goiás, bem como do Anexo I da mesma lei, na parte em que cria os cargos em comissão mencionados.⁵¹

Na mesma esteira:

É importante acentuar que cargos em comissão somente podem destinar-se a funções de chefia, direção e assessoramento, todas elas de caráter específico dentro das funções administrativas. Resulta daí, por conseguinte, que a lei não pode criar tais cargos para substituir outros de cunho permanente e que devem ser criados como cargos efetivos, exemplificando-se como os de perito, auditor, médico, motorista e similares. Lei com tal natureza é inconstitucional por vulnerar a destinação dos cargos em comissão, concebida pelo Constituinte (art. 37, V, CF).⁵²

O § 2º do art. 37 da CF fulmina de nulidade o ato da autoridade que desrespeitar o dever de concurso para preenchimento do cargo efetivo ou do emprego público (este último também exige aprovação em concurso para ocupar o emprego) e determina que a autoridade responsável será punida, com a seguinte determinação: “A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei”. Diante a insistência dos governos em burlar o princípio do concurso público, o STF aprovou a Súmula Vinculante nº 43, que diz “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.”

Portanto, o ato administrativo de nomeação do comissionado que está em desvio de função exercendo atribuições típicas de Estado, deveria ser declarado nulo por infringência ao disposto no art. 37, II, da CF. Porém, o dispositivo normalmente só é usado para permitir o ingresso de concursados que se sentem preteridos quanto a seus direitos subjetivos a nomeação. Não há lei prevendo pena para a autoridade responsável que desrespeita o princípio

⁵¹ BRASIL. STF, ADI 3602/GO, Pleno, unânime, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 14.04.2011, DJe 07/06/2011.

⁵² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25ª ed., São Paulo: Atlas. 2014. P. 607.

do concurso público, colocando um comissionado para fazer as vezes de um servidor efetivo, de modo que as autoridades não se sentem minimamente inibidas em promover tais desvios.

3. CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise dos cargos em comissão e dos cargos efetivos, especialmente os que exercem atribuições exclusivas de Estado, decompondo os dispositivos constitucionais que estabelecem o sistema geral dos respectivos cargos com entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, especialmente os artigos 37, I, II, V, 41 e 247, Parágrafo único, todos da Constituição Federal. Com a demonstração introdutória de casos concretos de desvios de função de comissionados que exercem atribuições exclusivas de Estado, em paralelo com as características de cada tipo de cargo, é possível se aferir a utilidade prática do estudo, visando jogar luz ao fato, interpretando o sistema constitucional para cargos efetivos com atribuições exclusivas de Estado e para os cargos em comissão, visando uma melhor compreensão para o combate à prática.

Ao individualizar as características e atribuições dos cargos em comissão e dos cargos efetivos com atribuições exclusivas de Estado é possível notar que elas são incompatíveis entre si, permitindo-se concluir também que a Constituição desejou que fossem diferentes devido aos diferentes tipos de serviços públicos prestados por cada um, o que deu ensejo às diferentes formas de provimento, garantias e estabilidades que são determinadas para cada um.

Ou seja, as atribuições de direção, chefia e assessoramento são exercidas em nome da autoridade nomeante por alguém que ela confia – eis o vínculo subjetivo que une nomeante e nomeado-, o ocupante deste cargo pode ser exonerado a qualquer momento e sem justificativa, caso desagrade a autoridade nomeante; as atribuições fiscalizatórias exclusivas de Estado (e mesmo nas outras áreas exclusivas de Estado) sempre visam a aplicação cogente da Lei e da Constituição, há uma relação de império por parte do representante do Estado e o jurisdicionado (seja ele o próprio Estado ou o particular), o que dá ensejo a perseguições políticas e econômicas variadas, isso justifica a estabilidade qualificada atribuída ao servidor efetivo que exerce atividades exclusivas de Estado. São incompatíveis, portanto, as atividades dos comissionados com as dos cargos efetivos que exercem atribuições Exclusivas de Estado, tendo em vista que o desenho constitucional para os mesmos é propositalmente diferente e são guiados conforme os serviços públicos a serem prestados por cada tipo de cargo - alguns serviços serão feitos com

mais maestria com um vínculo de subordinação político-subjetivo (pra estes existe o cargo em comissão); outros serviços exigem a independência funcional do servidor, com subordinação unicamente à Constituição, Leis e regras técnicas (pra estes existe o cargo efetivo).

O comissionado sempre é uma porta de entrada mais fácil para a corrupção, seja seu ocupante um efetivo ou um comissionado puro, tendo em vista a instabilidade característica do cargo. Não é recomendável que um comissionado possa influenciar no resultado final de uma fiscalização, pois levará o vínculo político-subjetivo de interesse da autoridade nomeante para a fiscalização, fazendo com que ela perca as características fundamentais da impessoalidade dos atos fiscalizatórios e independência técnico-funcional.

Quando um comissionado confecciona uma fiscalização, nela há impresso o vínculo subjetivo de confiança e o medo que o servidor tem de perder o seu emprego, o risco de que a fiscalização seja direcionada é alto quando há este tipo de usurpação de função. O resultado da influência dos cargos em comissão no trabalho final das fiscalizações, são carnes podres sendo vendidas aos consumidores e colocando em risco a saúde dos mesmos (ingerência nas atribuições de fiscais agropecuários), desvios ao erário que impedem hospitais de funcionar, estradas esburacadas intransitáveis que não escoam a produção agropecuária (ingerência nas atribuições de servidores da atividade-fim das Cortes de Contas, Agentes do Fisco, dentre outros).

As atribuições exclusivas de Estado exercem atividades eminentemente técnicas, de aplicação da lei e das regras lógicas e científicas pertinentes, por isso o efetivo que a exerce deve ser submetido a concurso qualificatório, o que garante razoável aos atos fiscalizatórios exclusivos de Estado praticados, tendo em vista a impessoalidade garantida ao servidor devido a estabilidade. Desta forma, ao designar um comissionado para exercer as atribuições fiscalizatórias aqui tratadas, a fiscalização dos comissionados poderá ser anulada no Poder Judiciário (ou mesmo pela Administração Pública), tendo em vista que falta a característica básica inerente ao cargo designado pela Constituição para fazer estas fiscalizações, qual seja, a independência técnico-funcional garantida pela estabilidade qualificada.

Mesmo com a lógica e o sistema jurídico regente dos servidores públicos vedando a usurpação de função por comissionados, visando o interesse público, conforme exposto, autoridades públicas insistem em manter a prática, em franca violação ao ordenamento jurídico

que deveriam proteger. Há prejuízo econômico, administrativo e social na manutenção deste hábito, pois o comprometimento dos serviços públicos realizados pelos mesmos é ululante.

Ao designar um comissionado, em desvio de função, para exercer atribuições fiscalizatórias exclusivas de Estado, a autoridade nomeante estará manipulando o resultado final da fiscalização (podendo haver dolo ou culpa, tendo em vista que as regras mencionadas no presente artigo deveriam ser de conhecimento da autoridade nomeante, muitas vezes colocadas em cargos políticos devido ao “notório saber”). Diuturnamente são noticiados nos telejornais brasileiros a prática dos governos de distribuir secretárias (e junto a elas, cargos em comissão) a partidos aliados em troca de apoio político, deixando a técnica necessária para o exercício de algumas atividades totalmente de lado, trata, assim, os cargos em comissão como moedas políticas em franco prejuízo do interesse público e de dispositivos constitucionais, visando apenas manutenção de poder ou mesmo o locupletamento ilícito.

Infelizmente, não há lei que cumpra o disposto no art. 37, § 2º, da CF - fixando pena para as autoridades que desobedecerem a regra do concurso público – e, também não há muitas autoridades que anulem atos de nomeação de comissionados que usurpam atividades exclusivas de Estado.

Deste modo, é necessário que exista conscientização da população e pressão sobre as autoridades públicas brasileiras, cobrando a correta designação dos devidos servidores efetivos para o desenvolvimento das atividades fiscalizatórias exclusivas de Estado. Urge que os cidadãos e as autoridades não tolerem tal prática de desvio de função, que é mais danosa do que o desvio de função de um cargo efetivo comum, sendo a porta de entrada de várias maneiras de se dilapidar o erário (por dolo ou incompetência), cobrando, inclusive a exoneração dos comissionados que exercem atribuições típicas de Estado, em decorrência da violação ao art. 37, incisos I, II e o § 2º, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo et all. *Direito Administrativo Descomplicado*. 24^a ed. Rio de Janeiro: Método, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 1269 MC/GO, pleno, rel. min. Carlos Velloso, Brasília, DF, julgado em 26 de maio de 1995, publicado em 27/02/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 3602, pleno, relator ministro Joaquim Barbosa, Brasília, DF, julgada em 14 de abril de 2011, DJe 07/06/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 1717, pleno, relator ministro Sydney Sanches, Brasília, DF, julgada em 07 de novembro de 2002, DJe 28/03/2003.

BRASIL. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 3706/MS, pleno, rel. min. Gilmar Mendes, Brasília, DF, julgado em 15 de agosto de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança 28469 - segundo, primeira turma, rel. para Acórdão. Min. Luiz Fux, julgado em 09 de junho de 2015, DJe 03/08/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 801.970, segunda turma, relatora no Acórdão min. Cármen Lúcia, Brasília, DF, julgado em 03 de junho de 2014, DJe 13/06/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 709.651, decisão monocrática da relatora, ministra Cármen Lúcia, Brasília, DF, 08 de maio de 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0012771-54.2013.8.19.0000, rel. Desembargadora Maria Augusta Vaz M. de Figueiredo, publicado em 14/01/2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et alii*. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DE OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Servidores Públicos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. V. 1. 2ª ed. São Paulo: 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *et alii*. *Servidores Públicos na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FREITAS, Juarez. Carreiras de Estado: o núcleo estratégico contra as falhas de mercado e de governo. *In Servidor Público. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil, Jurisdição e Competência*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 20ª ed., São Paulo: 2016.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Comentários ao Regime único dos Servidores Públicos Civis*. 2ª ed., s.l. Saraiva, 1993.

RIBEIRO, Juscimar Pinto. *Alguns apontamentos na discussão sobre regime jurídico das carreiras de Estado: pontos de aproximação e distanciamento entre prerrogativas e responsabilização dos membros do Judiciário, do Ministério Público e da Advocacia Pública federal, estadual e municipal*. Trabalho apresentado em 2015, no XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo em Goiânia/Go. Belo Horizonte: Forum, ano 16, nº 190, dez. 2016.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao Regime único dos Servidores Públicos Civis*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

Disponível em: < <http://www.fonacate.org.br/v2/?go=page&id=1> >. Visualizado em mar/2017.